



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES.

CARRERA DE DERECHO

“ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.”

Monografía previa a la obtención del
Título de Abogada de los Tribunales
de Justicia de la República del
Ecuador y Licenciada en Ciencias
Políticas y Sociales.

AUTORA:

Sandra Denis Díaz Valle

DIRECTOR:

Dr. Fernando Teodoro González Calle

Cuenca- Ecuador

2016

RESUMEN

La presente monografía titulada “Análisis del artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos”, constituye un análisis a la figura de la Prueba Indirecta, en su paso a través de la historia hasta llegar a la actualidad, en donde es reconocida como medio de prueba por nuestra legislación, tiene como objetivo dilucidar aquellas dudas existentes frente a esta innovación en materia legislativa, respecto a su naturaleza jurídica, valoración, efectos y aplicación dentro de nuestro país.

Las legislaciones que reconocen esta figura como medio de prueba, gozan de normativa expresa que regula su valoración y efectos, pero en Ecuador no sucedía aquello, en el Código de Procedimiento Civil apenas y se lo mencionaba, siendo un gran error que será resuelto con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos.

Las presunciones judiciales constituyen el razonamiento que hace el Juez en base a indicios debidamente acreditados por una de las partes, las cuales pueden ser desvirtuadas por la contraparte, por lo cual las mismas no causarían inseguridad jurídica si son valoradas de manera objetiva.

Las presunciones que sean tomadas en cuenta por el Juez deben reunir tres requisitos: ser graves, precisas y concordantes. La prueba Indirecta será valorada mediante el sistema de la sana crítica.

Todos estos datos son el resultado de la investigación y recopilación de datos obtenidos de doctrinarios nacionales, extranjeros, análisis de códigos de otras legislaciones y propios en donde se encuentra regulada la prueba indirecta y de casos prácticos que permitieron dilucidar dudas.

PALABRAS CLAVES: PRUEBA INDIRECTA, PRUEBA INDICIARIA, PRESUNCIONES JUDICIALES, INDICIOS.

ABSTRACT

This monograph entitled "Analysis of the Article 172 of the General Code of Process" is an analysis of the figure of indirect evidence, in its passage through history up to the present, it is known as evidence in our legislation; it also aims to clarify those doubts against this innovation in our legislation, regarding its legal status, valuation effects and practical application in our country

The laws that recognize this figure as an evidence contain express rules that regulate its valuation and effects, but in Ecuador doesn't occur in that way. In the Code of Civil Procedure it's poorly mentioned, being a big mistake that will be resolved with its inclusion in the General Code of Process.

The judicial presumptions are the reasoning of the judge based on evidence duly accredited by one of the litigants, which can be distorted by the procedural counterparty, so It doesn't cause legal uncertainty if you are assessed objectively by the Judge.

The assumptions to be taken by the judge must meet three requirements: being serious, being precise and consistent. Indirect evidence will be assessed by the system of sound judgment.

All of these information is the result of research and collection of data from national and foreign doctrine, analysis of other laws and our own codes in which indirect evidence is regulated, and also the study of cases that will allow to answer many questions.

KEYWORDS: EVIDENCE INDIRECT, CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE, JUDICIAL PRESUMPTIONS, SIGNS



INDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT	3
INDICE	4
CLAUSULAS DE DERECHO DE AUTOR.....	6
CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
DEDICATORIA	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN.....	10
CAPÍTULO I.....	12
PRESUNCION JUDICIAL	12
1.1 ANTECEDENTES.	12
1.2 CONCEPTO	15
1.3 NATURALEZA JURÍDICA	23
CAPÍTULO II.....	30
PRUEBA INDIRECTA O INDICIARIA	30
2.1 DEFINICIÓN E IMPORTANCIA.....	30
2.2 DIFERENCIA ENTRE PRESUNCIÓN E INDICIO.	35
CAPÍTULO III.....	40
LEGISLACIÓN COMPARADA	40
3.1 Chile.....	40
3.2 Colombia.....	42
3.3 México.....	48
CAPITULO IV	51
INTRODUCCIÓN DEL RÉGIMEN DE PRUEBA INDIRECTA AL COGEP	51
4.1 Generalidades.....	51
4.2 Posiciones a favor de la Introducción de la Prueba Indiciaria en el COGEP	53
CAPÍTULO V	56
Sandra Denis Díaz Valle	4



APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES	56
5.1. Valoración de las Presunciones	56
5.2 Efectos de las Presunciones	64
5.3 Análisis de Casos Prácticos	66
CONCLUSIONES	89
RECOMENDACIONES:	91

CLAUSULAS DE DERECHO DE AUTOR



Universidad de Cuenca
Clausula de derechos de autor

Yo, **SANDRA DENIS DÍAZ VALLE**, autora de la monografía "Análisis del artículo 172 del Código Orgánico de la Función Judicial", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art.5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo, no implicará afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Enero del 2016



Sandra Denis Díaz Valle

C.I. 0706523727



CLAUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca
Clausula de propiedad intelectual

Yo, **SANDRA DENIS DÍAZ VALLE**, autora de la Monografía "Análisis del artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos", certifico que todas las ideas, opiniones, y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Enero del 2016

Sandra Denis Díaz Valle

C.I. 0706523727



DEDICATORIA

Este gran logro que hoy puedo alcanzar se lo dedico a Dios que me dio la fortaleza para ser valiente a pesar de encontrarme estudiando lejos de mi familia y no dejarme doblegar ante cualquier problema

A mis padres, quienes siempre han sido mi guía y apoyo, sin su esfuerzo no hubiera podido lograrlo, son el regalo más perfecto que Dios me ha regalado.

Por último pero no menos especial, dedico este logro a mi hermana, gracias por ser mi mejor amiga, intento ser un buen ejemplo para ti.

SANDRA DENIS DÍAZ VALLE

AGRADECIMIENTOS

Primeramente quiero agradecer a mis padres, Domingo Díaz y Sandra Valle, quienes han sido mi apoyo incondicional, sin ellos quizás no lo hubiera logrado, es difícil vivir en una ciudad extraña a la tuya, lejos de tu familia, pero ellos siempre tuvieron las palabras adecuadas cuando quería abandonar la lucha, tengo tanto que agradecerles ya que hicieron un esfuerzo inmenso para poder darme estudio en otra ciudad.

A mi hermana, quien siempre creyó en mí, cada vez que pensaba en desistir, pensaba en ti, no quería que veas correcto abandonar los sueños y ser cobarde, intento siempre ser el mejor ejemplo para ti para que entiendas que las personas cuando desean algo y luchan con todas sus fuerzas no existen imposibles, te quiero ver triunfando y siendo feliz.

A mi segunda mamá, Julia Valle, gracias por estar pendiente de cada paso que doy, a mis hermanitos Anthony y Arán.

A mi familia en general, amigos y amigas, pero un agradecimiento especial a mis mejores amigos, quienes los conocí a venir a vivir a Cuenca, han sido mi segunda familia, gracias por hacerme sentir en casa.

Gracias a la Universidad de Cuenca, por brindarme un legado invaluable de formación académica y de ética, a todos los profesores que con su vasta experiencia y don de enseñar han sabido inculcar en mí lo mejor de sus enseñanzas.

A mi Director de Monografía Doctor Fernando González, un profundo agradecimiento por haberme obsequiado su tiempo, esfuerzo, guía y orientación para obtener un trabajo investigativo de calidad.

“ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 172 DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS”

INTRODUCCIÓN

La presente Monografía es resultado de la Investigación, recopilación y selección de información de varias fuentes de conocimiento, que tiene como finalidad brindar un necesario aporte a la sociedad en materia probatoria, pues la misma está encaminada a tratar de manera íntegra la prueba indiciaria, empezando por sus antecedentes hasta su estado actual, y de esa manera comprender la importancia de incorporar este medio probatorio en la legislación Ecuatoriana.

Escoger este tema tuvo un objetivo claro, dilucidar dudas que giran en torno a esta figura, pues si bien su existencia no es algo nuevo, lamentablemente existe mucha confusión por las ambigüedades que giran en torno al término “presunciones” y los cambios de dichas concepciones a lo largo de la historia.

En la edad Media se le daba cierto uso peculiar a las presunciones, tenían connotación negativa, entendiéndosela como sinónimo de prueba inferior, pero actualmente las presunciones tienen la categoría de prueba.

Incorporar la Prueba Indirecta a través del artículo 172 del COGEP, implica un gran avance en materia probatoria, pero como todo evento nuevo genera muchas dudas que deben ser resueltas y así evitar confusiones al momento de aplicar la norma. A pesar de estas dudas que pueden surgir al estar frente a nuevas normas, es necesario reconocer que constituye un gran avance en materia probatoria incorporar de manera expresa en el COGEP el régimen de prueba Indirecta.

A lo largo del presente trabajo se citarán algunos doctrinarios que definirán de manera técnica pero clara que se debe entender por prueba indirecta, pero en términos simples, se podría decir que es aquella que permite a través de la demostración de un hecho secundario, probar o demostrar la existencia del hecho principal, la misma ayudará a reducir errores en las decisiones judiciales, ya que frente a la falta de medios de prueba para demostrar ciertos hechos, la



prueba indirecta permite conocer y demostrar hechos que de otro modo no podrían probarse, dejando ante aquella situación en indefensión a quien anhela justicia.

CAPÍTULO I

PRESUNCION JUDICIAL

1.1 ANTECEDENTES.

María de Lourdes Martínez, en su obra “Régimen Jurídico de las Presunciones”, estudia la evolución de las presunciones a través de la historia, frente a lo cual sostiene que en el Derecho Romano los medios probatorios se clasificaban en dos grupos: “*los medios probatorios directos (probationes) y las presunciones (probationes artificiales, praesumptiones)*”.¹

Jairo Parra Quijano, de igual forma se preocupa del tema y señala:

Inicialmente en el Derecho Romano, en el período clásico romano, el Juez podía convencerse por cualquier medio de prueba, inclusive utilizando la prueba indiciaria; se puede decir que el juez presumía. (...)Existían las presunciones hominis pero no como técnica legislativa.

2

Por lo tanto las presunciones existen desde la época del Derecho Romano, pero tenían una connotación distinta a la actual, era una simple opinión del Juez, sin que se llegue a pensar que algún momento de la historia podrán adquirir la categoría de prueba. Esto es aclarado por María de Lourdes Martínez, quien asevera:

Las presunciones no fueron conocidas en un sentido técnico sino hasta la época de Justiniano, y en la época clásica eran conocidas como *opinio*, que significaban: “la opinión del juzgador, suposición o creencia, pero sin constituir medio de prueba, sino tan solo un elemento en el proceso lógico, mediante el que se forma la opinión del iudex.”³

¹ MARTINEZ, María de Lourdes. (2007). *Regimen Juridico de las Presunciones*. Madrid: Editorial Dykinson.

² PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre las Presunciones*. Internet: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20PRESUNCIONES-%20JAIRO%20PARRA%20QUIJANO.pdf>. Acceso: 10 de Octubre de 2015.

Pág. 3

³ MARTINEZ, Ob. Cit.

Si hablamos de la evolución histórica de las presunciones, es oportuno recordar el Juicio de Salomón, Lisbeth Villalobos Bohórquez, en su tesis de grado titulada “Las presunciones como medio probatorio”, nos narra lo ocurrido:

Precedido de la disputa surgida entre dos mujeres acerca de la maternidad de un solo niño, donde el Faraón ordenó que el niño fuese partido en dos y se entregará una mitad a cada una de las pretendidas madres. La verdadera madre de la criatura imploró que el niño se entregase vivo a la impostora, actitud que constituía una vehemente presunción de auténtico amor maternal, por lo que Salomón entregó el niño a esa mujer.. ⁴

Por lo tanto, si bien no se niega la existencia de las presunciones en la época del Derecho Romano Clásico, es en el periodo de Justiniano donde se utilizó dicha institución como instrumento de técnica legislativa y aparece en el Derecho material.

Para Parra Quijano, se atribuye a este período la aparición de las presunciones legales:

La comisión compiladora de Justiniano halló en los clásicos el término "preaesumere", en el sentido de opinar. Interpolaron los textos produciéndose consecuencias en el proceso por primera vez en la historia y también en el derecho material. Por ejemplo: "praesumptum esse debet, nisi contrarium approbetur", que en español significa: “debería ser una presunción salvo prueba en contrario.”⁵

El mismo autor, nos presenta el siguiente ejemplo de presunción en el Código Justiniano:

"... en caso de desgracia se presume que el hijo púber sobrevivió a sus padres, mientras que el impúber premurió a ellos, la que presume que el soldado no ha recibido dinero, salvo que se trate de una causa

⁴ VILLALOBOS, Lisbeth. *Las presunciones como medios probatorios*. Trabajo de grado. Doctorado en Derecho de la Universidad de Zulia. Venezuela. Pág. 14

⁵ PARRA, Ob. Cit. pág.3

castrense, y otras que suelen citar los autores, sobre la existencia del matrimonio, paternidad de los hijos de mujer casada" ⁵

Sin embargo, en esta época tampoco es posible hallar entre los ciudadanos romanos, una definición de presunción, y es en el Código Napoleónico donde fueron incorporadas las presunciones Judiciales según Devis Echadía:

En el Derecho Romano no se encuentra un verdadero sistema de presunciones, con efectos generales sobre la carga de la prueba. Siglos más tarde aparecen en el derecho canónico verdaderas presunciones, algunas de ellas que no admiten prueba en contrario, es decir *iure et de iure*, tal como actualmente se conciben. Al desarrollarse más tarde la teoría legal de la prueba, se generalizó la tendencia a sustituir por presunciones la prueba por indicios, y vino luego la división tripartita hecha por los glosadores, de "*praesumptiones iuris et de iure, praesumptiones iuris tantum* y *praesumptiones facti*" (la última conocida como judiciales o de hombre) que fue incorporada al código Napoleón y subsiste en el Derecho Moderno.⁶

Si bien para el presente estudio nos interesa las *presunciones facti*, o judiciales, resulta necesario definir cada clase de presunción:

- ✓ **iuris et de iure.-** Claro Solar, en su obra "Explicaciones del Derecho Civil Mexicano", señala que etimológicamente proviene del latín "iuris, porque son establecidas por la ley y "et de iure" porque sobre tales presunciones establece la ley el derecho y las reputa verdad.⁷
- ✓ **iuris Tantum.-** Esta Locución latina hace alusión a que la ley presume la existencia de algún hecho, y a diferencia de las anteriormente explicadas, admiten prueba en contrario. Domínguez del Río, citado por Villalobos en su Tesis de grado Titulada "Las Presunciones como medios Probatorios", las define de la siguiente manera:

Las presunciones legales *iuris tantum* hacen plena prueba, mientras no se demuestre lo contrario en términos de ley, es

⁶ ECHANDIA, Davis. (1988). *Compendio de Derecho Procesal (Tomo II)*. Bogotá: Editorial ABC. Pág. 529

⁷ SOLAR, Claro. (1942). *Explicaciones del derecho civil mexicano*. Chile: El Imparcial.

decir dentro de las formales del procedimiento, no en cualquier sitio o tiempo, ni como consecuencia de la acción de alguien que no puede tener interés legítimo en ello.⁸

Las presunciones *facti*, *hominis* o Judiciales, serán definidas a profundidad en el siguiente capítulo, mientras brevemente hay que señalar que dentro del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, no se enumera taxativamente a las presunciones Judiciales como medio probatorio, a diferencia del Código Civil, en donde sí se ha dedicado a definir y tratar las presunciones de una manera más amplia, así como se lo hace en algunas legislaciones de otros países, pero en materia procesal recién es con la entrada en vigencia del COGEP, en donde se dedicará el artículo 172 a describir este medio de prueba:

Presunción judicial: Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean graves, precisos y concordantes, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial

1.2 CONCEPTO

Para fijar con exactitud lo que se debe entender como una “presunción” es necesario partir por su origen etimológico. Para Davis Echandía etimológicamente presunción (*praesumere*), “*supone una cosa cierta sin que esté probada o sin que no conste(...) se encuentran ya fragmentos de los clásicos anteriores en las que la palabra praesumere se usa en el sentido de opinión, suposición o creencia.*”⁹ .

⁸ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 38

⁹ ECHANDIA, Ob. Cit. Pág. 529

Sus componentes léxicos son: el prefijo *pre*, que significa “delante, antes”, *sumere*, que significa “tomar por sí mismo”, más el sufijo que significa acción y efecto presunto.¹⁰

De igual manera el autor Alfredo Domínguez del Río, citado por Villalobos en su Tesis de Grado titulada “Las Presunciones como medios Probatorios” se preocupa en definir al señalar:

La palabra Presunción, por sus raíces, se compone de la preposición *prea* y el verbo, *sunco*, que significan tomar anticipadamente, porque por las presunciones se deduce un juicio u opinión de las cosas y de los hechos, antes que éstos se nos demuestren o aparezcan por sí mismos.¹¹

Estas dos fuentes coinciden en que el vocablo presunción está integrado por tres partes, que indican que el juzgador tiene que tomar para sí un juicio, una valoración con anticipación, para así llegar a la verdad a través de hechos secundarios.

Luego de entender cómo se encuentra estructurado el término etimológicamente, el panorama nos resulta más claro, y podemos ya entender conceptos más técnicos que nos brindan los doctrinarios, respecto al tema.

Robert Joseph Pothier, citado por María Butti y Osvaldo Sidoli, en su publicación titulada “La Prueba en el Proceso Ambiental”, define a las presunciones como: “*las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido.*”¹²

A más de definir a las presunciones Pothier describe uno de sus principales objetivos que traen consigo las presunciones, el cual es demostrar un hecho que no se conoce aún, o que no es posible aún probar por que se carece de los

¹⁰ ETIMOLIGIAS EN DERECHO CHILENO. <http://etimologias.dechile.net/?presuncio.n>. Acceso: 30 de Octubre de 2015.

¹¹ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 13

¹² BUTTI, María y SIDOLI, Osvaldo. (2006). *La Prueba en el Proceso Ambiental*. Internet. <http://iusambiente.blogspot.com.ar/2006/09/la-prueba-en-el-proceso-ambiental-por.html>. Acceso: 2 de Enero de 2016.

medios necesarios, a través de la demostración de un hecho secundario que permite llegar a la verdad, y que de no existir este sería imposible probarlo.

Cipriano Gómez Lara, también es citado por Villalobos para definir con palabras sencillas, y precisas que se debe entender por presunciones al señalar:

La presunción jurídica debe entenderse como la inferencia o conclusión que se tiene acerca de las cosas o de los hechos, aún antes de que éstos se demuestren o aparezcan por sí mismos. En otras palabras, la presunción, en el sentido jurídico que es el que nos interesa, se entiende como el mecanismo de razonamiento, como el raciocinio por el cual se llega al conocimiento de hechos desconocidos partiendo de hechos conocidos. Por la prueba presuncional entonces se llega al conocimiento indirecto de los hechos controvertidos, independientemente de que se desconozcan, de que no se pueda comprobar directamente su existencia.”¹³

Dentro de las distintas y valiosas definiciones señaladas hasta el momento, es oportuno además mencionar la definición que formula Devis Echandía:

La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal cómo se suceden las cosas o los hechos.”¹⁴

Para el Abogado Luis Ramírez Rodríguez, la doctrina y la legislación al momento de conceptuar a las presunciones coincidirían en señalar:

La presunción es la aceptación de la existencia de un hecho, mediante preceptos que se aceptan como ciertos. Es el resultado de un raciocinio sobre la existencia de hechos o disposiciones establecidos, en torno al cual sino se medie prueba en contra, el

¹³ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 17

¹⁴ ECHANDIA, Ob. Cit. Pág. 529

juez fija el derecho de las partes. La presunción es la suposición de la existencia de un hecho o circunstancia. Es una conjetura o interferencia legal y la doctrina conviene en admitir que no requieren de probanza, los hechos que se presumen conforme a la ley. En este caso tienen que estar expresamente establecidos por ella. La presunción no siempre es determinante de un hecho tenido como cierto.¹⁵

Estos autores dan una definición aplicable y concordante con todas las clases de presunciones, y acreditan que a través de las presunciones, el juzgador pueda acreditar un hecho, mediante la comprobación de otro.

Pero para el presente estudio es necesario dejar a un lado las presunciones *luris* o legales y concentrarnos en definir a las Presunciones simples o judiciales.

Las presunciones judiciales, según Bello Lozano, citado por Villalobos son *“las derivadas del criterio del juez, mediante el cual éste deviene un resultado lógico al dar por conocido un hecho que no lo era mediante la percepción de otro, que si le es conocido.”*¹⁶

Las presunciones judiciales, según la Enciclopedia Jurídica Omeba: *“no están sujetas a ningún criterio legal y son establecidas por el juez según su ciencia y conciencia”*.¹⁷

De igual manera el Doctor Raymundo Gama Leyva, aseveró que *“la presunción simple se concibe de este modo como un instrumento cognoscitivo de carácter inmediato e indirecto que es utilizado por el Juez para la determinación de los hechos”*.¹⁸

¹⁵ RODRIGUEZ, Luis. (1995). *La Prueba en el Proceso Civil*. Perú: Mirasol Perú Editores. pág. 156-157

¹⁶ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 56

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ GAMA, Raymundo. (2013). *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*. Revista de estudios y Justicia.

Siendo en definitiva las presunciones judiciales el razonamiento al que llega el Juez, en base a indicios, antecedentes o conjeturas, pero dicho razonamiento debe ser totalmente objetivo.

Un aspecto importante y necesario de destacar además de las definir este tipo de presunciones, es enumerar algunos de los términos por medio de los cuales se conoce a este tipo de presunciones. El Doctor Gamma menciona las siguientes expresiones:

“(...)presunciones judiciales”, “presunciones humanas”, “praesumptiones hominis”, “prueba de presunciones”, “prueba presuntiva”, “razonamiento presuntivo”, “prueba indiciaria”, “prueba de indicios”, “prueba circunstancial”, “prueba de conjeturas”, “prueba indirecta”, “inferencias indiciarias”.¹⁹

Resulta entonces trascendental señalar estos términos, para tener claro que son considerados todos estos nombres como sinónimos y su uso dependerá de cada cultura, además el hecho de que exista tantos nombres para designar el mismo concepto podría deberse, como advirtió Cernelutti, a la falta de contacto entre las distintas ramas de la ciencia del Derecho.²⁰

Otro aspecto que se debe aclarar es que en materia Penal se suele hablar de indicios, mientras que en materia Civil de presunciones, frente a lo cual el mismo autor nos dice que *“no habría diferencias de fondo entre la prueba indiciaria o circunstancial propia del derecho penal y la prueba de presunciones (o simplemente “presunciones”) típica del derecho civil.”*²¹

María del Pilar Bueso Sánchez, en su obra titulada “Presunciones e Indicios”, se refiere al mismo tema pero en la legislación Española:

En el proceso civil “los indicios” apenas tienen importancia, lo cual no quiere expresar que no puedan en ocasiones servir para formar el

Internet: http://web.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GAMA_8_.pdf. Acceso: 1 de Noviembre de 2015. Pág. 82

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

²¹ Ibíd. Pág. 83

convencimiento en algunos casos. Nuestra jurisprudencia, sin embargo, se ha mostrado reacia a la admisión de “los indicios” en el proceso civil, pero no puede decirse que sean inútiles si nos atentamos al principio de libertar de apreciación de la prueba.²²

De estos criterios se deduce que en materia civil, debemos hablar de presunciones, y en materia penal de indicios, pero en ambos casos estamos frente al régimen de prueba indirecta.

Definir a las presunciones es el punto de partida para sostener que las presunciones tienen una estructura conformada por tres elementos, presentes en toda clase de presunción. Los elementos que conforman esta estructura, son tres según Juan Montero Aroca, citado por el Dr. Raymundo Gama Leyva en su obra “Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental”:

- ✓ El hecho base (hecho conocido o proposición base) es descrito como el punto de partida del razonamiento presuntivo que ha de realizar el legislador o el juez para formular una presunción.
- ✓ El hecho presumido (hecho desconocido o hecho presunto) representa el punto final de la presunción y es considerado tradicionalmente como un hecho difícil o imposible de acreditar o simplemente como un hecho no acreditado.
- ✓ El enlace está formado por un enunciado general que permite vincular el hecho base y el hecho presumido y que, a su juicio, estaría formado por máximas de experiencia.²³

En aquellas legislaciones en las que se reconoce a las presunciones la categoría de medio probatorio, se encuentra desarrollado en el Código de Procedimiento Civil dicha figura jurídica, mientras que nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta un poco ambiguo al respecto. El Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, apenas y menciona de manera breve las

²² BUESO SANCHÉZ, María. *De las Presunciones e Indicios*. Internet. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-DeLasPresuncionesEIndicios-831674%20(1).pdf.

Acceso: 9 de Noviembre de 2015. Pág. 451

²³ GAMA, Ob. Cit. Pág. 70

presunciones, por ejemplo en los artículos 142, 184, 205, y no le da la importancia que tienen los demás medios de prueba como la confesión, instrumentos, inspección, entre otros a los cuales se les destina algunos artículos para explicar su aplicación.

Art. 142.- La confesión prestada en un acto en los juicios civiles, es indivisible; debe hacerse uso de toda la declaración o de ninguna de sus partes, excepto cuando haya graves **presunciones** u otra prueba contra la parte favorable al confesante.

Art. 184.- Si se tratare de la falsedad de un instrumento, no harán fe los dichos del notario ni de los testigos instrumentales contra quienes hubiere **presunción** de estar complicados en dicha falsedad.

Art. 205.- La comparación o cotejo de letra y forma con otros escritos que indudablemente son del mismo autor, no prueba la falsedad o la legalidad de un documento; pero valdrá para establecer **presunciones** o principio de prueba por escrito.²⁴

Mientras esto sucede en el Código de Procedimiento Civil, el cual como se señaló apenas menciona a las presunciones dentro del capítulo de pruebas, por su parte en el Código Civil si existe un amplio análisis y se ha preocupado de definir qué se debe entender como presunciones, en el siguiente artículo:

Art. 32.- “Se llama **presunción** la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume

²⁴ Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.²⁵

Esto nos lleva a comprender las falencias que están siendo resueltas a través del COGEP, pues lastimosamente el Código de Procedimiento Civil no daba a las presunciones la importancia necesaria como medio probatorio que son.

Resulta necesario además mencionar que las presunciones judiciales pueden ser relativas y absolutas. Hernando Devis Echandía hace esta diferencia, y señala:

Presunciones Judiciales Relativas: El razonamiento presuntivo puede conducir a una conclusión de simple probabilidad del hecho investigado, cuya calificación corresponde soberanamente al juez, en cuyo caso esa presunción no podrá darle a este, por si sola, la certeza necesaria para declarar cierto ese hecho, con base en la prueba a la cual se aplica, como suele ocurrir en la de indicios contingentes. Entonces, si el juez encuentra otras presunciones similares convergentes basadas en otras pruebas de cualquier clase, que concurren en el mismo sentido, esas presunciones entran a formar parte del conjunto de argumentos probatorios que en definitiva determinan la decisión del juzgador.

Presunciones Judiciales Absolutas: Puede suceder también que una sola presunción judicial basada en un hecho o en un conjunto de hechos plenamente probados, sea tan convincente, que le dé al juez la certeza sobre un hecho investigado. El artículo 664 del anterior código de procedimiento civil Colombiano contemplaba este caso así: “Una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”.²⁶

²⁵ Código Civil Ecuatoriano

²⁶ ECHANDIA, Ob. Cit. Pág. 539.

1.3 NATURALEZA JURÍDICA

Para descifrar la Naturaleza jurídica de las presunciones, es necesario definir el término “prueba”, diferenciar “prueba” de “medios probatorios” y conocer las posturas a favor y en contra de que las presunciones sean reconocidas como medios probatorios, ya que el problema de la naturaleza jurídica es sobre si es o no un medio prueba.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española “prueba” significa en sentido general *“Razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo...”*; y en un sentido más jurídico, se define como la *“Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley...”*²⁷

De estos dos significados, el que nos interesa es el que tiene connotación jurídica.

Para el jurista Eduardo Couture, la prueba es *“...la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación...”*²⁸

Cabanellas, por su parte, define la prueba como: *“La demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. | Persuasión o convencimiento que se origina en otro, y especialmente en el juez o en quien haya de resolver sobre lo dudoso o discutido. | Razón, argumento, declaración, documento u otro medio para patentizar la verdad o la falsedad de algo”*.²⁹

Después de definir qué se debe entender por pruebas, resulta a útil además distinguir a la pruebas de los medios de prueba. Cuando hablamos de medios

²⁷ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2014). Real Academia Española. Edición del Tricentenario. vigesimotercera edición. Internet: <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>. Acceso: 20 de Diciembre de 2015.

²⁸ COUTURE, Eduardo. (1972). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos aires: ediciones Depalma. Pág. 215

²⁹ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. 2008. Pág. 313

de prueba nos referimos a los elementos de los cuales el Juez obtiene las pruebas.

Todo medio constituye un modo de llegar al fin, al resultado. En este caso el fin de la prueba es lograr esclarecer un hecho controvertido, una situación dudosa; o un delito, en cuanto a su existencia, o al modo en que se cometió, para encuadrarlo en la precisa figura delictiva. Los medios de prueba consisten en la incorporación legal de los elementos de prueba (cosas o personas) a un proceso judicial, con las garantías suficientes para que los medios de prueba sean idóneos para formar la convicción de quien tiene la alta responsabilidad de juzgar.³⁰

En el Código de Procedimiento Civil, artículo 121 se enumera distintos medios de pruebas.

Art. 121.- Las pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes. Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. La parte que los presente deberá suministrar al juzgado en el día y hora señalados por el juez los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos. Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema.

³⁰ LA GUÍA. Internet. <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/medios-de-prueba>. Acceso :1 de Noviembre 2015

Pero dentro de dicha lista no se hace alusión a las presunciones, mientras que en el Código Civil, en el artículo 1715, si se incluye a las presunciones dentro de dicha enumeración.

Artículo 1715: *“Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, **presunciones**, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.*

Las presunciones son pruebas, pero sobre si son o no medios probatorios, existen dos criterios:

1. Las presunciones si son medios de pruebas:

Las presunciones permiten demostrar un hecho principal mediante la demostración de un hecho secundario, es ello lo que lleva a considerarla como un verdadero medio probatorio, cuyo método se basa en una operación de lógica deducción.

Para Gerardo y Luis Rojas Ramírez, profesores de la Universidad de Tunas en Cuba, nos encontramos frente a un medio probatorio peculiar, que se diferencia del resto, ya que se auxilia de otro medio probatorio directo, y señala:

Como medio probatorio la presunción depende, a diferencia de los restantes que instaura la Ley, de un supuesto de hecho que habrá de ser, como ya expresamos, probado por los medios tradicionales de prueba, de ahí que quien lo haga, como requisito para su admisión, correrá con la carga de la prueba del referido hecho base, mientras que sobre la otra parte recaerá lo que se conoce como la inversión de la carga de la prueba, en tanto para desvirtuarla se requeriría que el adversario destruya la veracidad del hecho del dicha presunción se hace depender.³¹

Dicho autor defiende la teoría de las presunciones como medios probatorios, pero además reconoce que las mismas se consideran como pruebas indirectas,

³¹ ROJAS, Gerardo. y ROJAS Raúl. La presunción como medio de prueba en el proceso civil cubano. Internet: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/presuncion.pdf>. Acceso: 22 de Octubre de 2015. Pág. 6

pues se apoya en otros medios directos que le otorgan certidumbre al hecho conocido, el que luego se obtendrá el desconocido, por lo tanto asevera: *“...dicho instituto se pueda palpar al abrigo de otros medios probatorios, en cuyo supuesto podría reconocerle o no entidad propia, todo depende de la fuerza y la configuración con que se pretende en cada caso.”*³²

De igual manera defiende esta teoría Jaime Guasp en su libro “Teorías del Derecho Procesal Civil”, en el cual señala:

El significado de las presunciones como medio de prueba no se halla, pues, en la especial naturaleza de la actividad que en ellas desarrolla el Juez, sino en el especial instrumento que utiliza dicha actividad; por ello, al calificar la presunción como una deducción a través de un acaecimiento, el centro de gravedad del concepto debe colocarse en el acaecimiento y no en la deducción.³³

Sin embargo existe una grave crítica al criterio de Guasp, ya que para este tratadista las presunciones constituyen un medio de prueba si nos fijamos en los indicios de los cuales el Juez se vale para conocer un hecho incierto, igual criterio tiene Gorphe y de La Plaza, quienes si bien reconocen a las presunciones judiciales el carácter de medio probatorio, lo hacen porque las identifican o confunden con los indicios, por lo cual de dicho criterio suele resultar de tal confusión.³⁴

En palabras más sencillas dichos autores dan la categoría de prueba a las presunciones porque la confunden con los indicios, pero al respecto hay dos criterios como lo analizaremos en los siguientes capítulos, de manera breve hay que señalar que cierto sector en la doctrina diferencia presunciones de indicios, y hay quienes consideran que constituyen la misma figura, este segundo criterio es el sostenido por Guasp, Gorphe y de la Plaza, quienes reconocen a las presunciones la categoría de medio de prueba por considerar que presunciones e indicios constituyen la misma institución.

³² Ibíd.

³³ GUASP, Jaime. (2005). *Derecho procesal civil, Tomo I*. España: Editorial Arazandi. Pág. 480.

³⁴ ECHANDIA, Ob. Cit. Pág. 532

Ahora bien, para Rodrigo Rivera Morales, no hay dudas sobre si la prueba indiciaria se ubica dentro de los medios de prueba, y es clara al señalar:

La prueba indiciaria se ubica dentro de los medios de prueba, pues constituye un hecho mediante el cual, por vía de la inferencia, se logra conocer otro hecho desconocido. En tal sentido, según aprecia, el indicio ingresa al acervo probatorio en razón de otros medios de prueba, lo que determina que ha sido probado previamente.³⁵

2. Las presunciones no son un medio de prueba:

María Escriba Rubio, abogada de la prestigiosa firma Internacional de abogados “Uría Menéndez”, en su publicación titulada “ Resulta siempre posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?” Empieza por analizar si las presunciones son o no un medio de prueba, frente a lo cual su respuesta es una gran negativa, y señala:

Las presunciones judiciales, también denominadas *presumptio hominis o facti*, no deben confundirse con los medios de prueba, puesto que su finalidad no es la de acreditar hechos, sino la de que se tengan por acreditados que no es lo mismo. Del mismo modo que la notoriedad y la conformidad de las partes, las presunciones son un mecanismo para la fijación de los hechos que se tienen por ciertos a los efectos del proceso.³⁶

Rubio en este artículo busca además despejar dudas sobre qué es objeto de prueba en contra de las presunciones judiciales, y asevera:

Teniendo en cuenta la estructura del razonamiento subyacente a toda presunción judicial. El hecho base del que parte el proceso deductivo debe ser un hecho admitido o suficientemente acreditado, su aplicación puede destruirse de tres formas: bien cuestionando la propia existencia

³⁵ RIVERA, Rodrigo. (2009) *La Pruebas en el Derecho Venezolano*. Venezuela: Librería Rincón G. Pág. 365

³⁶ RUBIO, María. “ Resulta siempre posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?”. Uría Menéndez Publicaciones. Internet: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3025/documento/escriba.pdf?id=2787>. Acceso 20 de Septiembre de 2015.

del hecho base del razonamiento presuntivo, bien la lógica y razonabilidad del proceso deductivo que ha llevado a tener por cierto el hecho presunto o bien la existencia misma del hecho presunto.³⁷

De igual forma Antonio Díaz Fuentes, citado por Julio Cesar Cordón, en igual sentido, manifiesta:

Se niega el carácter de medio de prueba a las presunciones, fundándose en la inexistencia de normas de procedimiento que regulen su realización, a diferencia de lo que sucede con los medios de prueba reconocidos legalmente, a la vez que reitera que no se exige proposición previa de las partes para que se desplieguen en el proceso sus efectos probatorios.³⁸

El mismo autor cita a Manuel Ortells Ramos, quien en su obra Derecho Procesal civil, aseveró:

Las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho de la sentencia, pero no como medio de prueba que es valorado, sino como operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada, es decir, ya valorada, por lo que no existe proposición ni práctica de aquéllas.³⁹

Mismo criterio tiene Lino Enrique Palacio, su conclusión es que las presunciones judiciales no son medios de prueba porque son el resultado del razonamiento del juez basado en indicios determinados y señala: “*no son medios, sino argumentos de prueba*”⁴⁰

De igual manera, señala que las presunciones judiciales *constituyen reglas basadas en la experiencia de la valoración de la prueba, es indudable que sean*

³⁷ Ibid.

³⁸ CORDÓN, Julio. *Prueba indiciaria y presunción de Inocencia en el proceso Penal*. Tesis de Grado. Doctorado de Derecho. Salamanca. 2011. Pág. 100

³⁹ Ibid.

⁴⁰ PALACIOS, Lino. (1973). *Manuel de derecho procesal civil* (Vol. TOMO I). Buenos aires, Argentina: Albeledo Perrot. Pág. 556



reglas de prueba, pero no medios de pruebas, (...) se considera regla de prueba, únicamente la que sirve para su valoración.⁴¹

⁴¹ Ibíd.

CAPÍTULO II

PRUEBA INDIRECTA O INDICIARIA

2.1 DEFINICIÓN E IMPORTANCIA.

Prueba indiciaria tiene su génesis el vocablo *indicium*, del verbo *induco*, compuesto de la proposición *in*, y del verbo *duco*, *ducere*, que significa conducirla, llevarla. Algunos autores afirman que la palabra *indicio* proviene de *indicare*, que significa indicar, descubrir, dar a entender, revelar. Mittermaier, Jiménez de Asenjo y Brito Alves, entienden que el origen se une a la palabra *index*, que expresaba el dedo indicador, el objetivo o el hecho que se indica.⁴² Lo que cabe aclarar es que *indicio* y *prueba indiciaria* no son sinónimos.

Por su parte Cabanellas, define a la prueba Indirecta como: "*La resultante de indicios, conjeturas, señales o presunciones más o menos vehementes y decisivas, aceptadas por el juez como conclusión de orden lógico y por derivación o concatenación de los hechos.*"⁴³

Leo Rosenberg, en su obra "Tratado de Derecho Procesal Civil", define también a la prueba indiciaria al señalar:

...se refiere a otros hechos extraños a la tipicidad, que sólo deben justificar la conclusión sobre la existencia o inexistencia de una característica de tal especie. A ella pertenecen también los llamados 'hechos auxiliares de la prueba', que atañen a la admisibilidad o a la fuerza probatoria de un medio de prueba. Tales hechos se llaman indicios (indicaciones, orientaciones, argumentos de prueba); pero se llamará también de ese modo a toda la conclusión.⁴⁴

Rosenberg, a más de definir, nos da un claro ejemplo de la utilidad de la prueba indirecta:

⁴² ROJAS Gerardo y Raúl. Ob. Cit. Pág. 289

⁴³ CABANELLAS, Ob. Cit. Pág. 313

⁴⁴ ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Tomo II. Libro Segundo. Cap. IV, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, ps. 202-203.

Por pérdida parcial de mercaderías puestas en vagón por el propio remitente, se demanda al ferrocarril por indemnización. Este objeta que el despacho se había hecho en forma defectuosa, porque no se cerraron las ventanillas del vagón y de ese peligro nació el daño; y, en lugar de esos dos hechos, cuya prueba estaba a su cargo, probó simplemente que las ventanillas estaban abiertas al arribar el vagón al lugar de destino y que, estando cerrado el vagón regularmente, aquéllas no habían podido abrirse desde el exterior sin daño del vagón y sin que existieran rastros de abertura violenta desde el exterior; y además que el robo se había realizado preferentemente en las proximidades de las ventanillas abiertas. Estos hechos, en caso de probarse, justifican la conclusión sobre la existencia de aquellas circunstancias directamente importantes.⁴⁵

Este ejemplo va de la mano con la definición dada por Rosenberg, para quien la prueba indirecta es la que va a permitir llegar a una conclusión mediante hechos que la justifiquen, en el presente ejemplo quien embarcó la mercadería fue el remitente, por lo tanto basta con que se pruebe que las ventanillas del vagón estaban abiertas cuando el ferrocarril partió hacia su destino, pues se presume que si embarcó las mercaderías el remitente debió tomar las precauciones necesarias para que la misma llegue en buenas condiciones, eximiéndose en este caso de responsabilidad al ferrocarril, el cual presumió que el remitente de la mercadería cerró las ventanillas lo cual hubiera evitado la pérdida parcial de las mismas.

Al no existir rastros de intentos de apertura violento de las ventanillas, se presume que las mismas estuvieron abiertas al momento que el ferrocarril salió hacia su destino, quedando en manos del remitente la responsabilidad por haber dejado abiertas las ventanillas del vagón, siendo el único causante de tales pérdidas.

⁴⁵ Ibíd.

La prueba indiciaria ha sido denominada en el Derecho anglosajón, como “*circunstancial evidence o el término equivalente en nuestro idioma: prueba circunstancial, evidencia circunstancial*”⁴⁶

Jorge Rosas Yataco, en su obra “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional” menciona a algunos doctrinarios que tratan tal institución, entre ellos Mixan Mass y Cabanillas, quienes señalan lo siguiente:

Mixán Mass define a la prueba indiciaria como:

*“Una actividad probatoria de naturaleza necesariamente discursiva e indirecta, cuya fuente es un dato comprobado, y se concreta en la obtención del argumento probatorio mediante una inferencia correcta.”*⁴⁷

De igual manera en el mismo texto, Cabanillas Barrantes aseveró:

La prueba de indicios está basada en todo hecho cierto y conocido que lleva, merced a un razonamiento inductivo, a la determinación de un hecho desconocido, dando por resultado un juicio sintético, esto es, agregando a un ente algo nuevo que se descubre.⁴⁸

Mixán Mass a más de definir la prueba indiciaria, se preocupa en analizar la importancia de la misma, al señalar:

En un caso concreto, la prueba indiciaria es capaz de generar convicción por sí sola si concurren a plenitud los requisitos para su eficacia probatoria; en otros casos, ella concurrirá con los demás medios probatorios, pero también puede conducir a un conocimiento meramente probable sobre el tema de prueba. Peor aún, si no se aplica un discernimiento sereno acucioso o se le valora superficial y unilateralmente, se puede incurrir en error.⁴⁹

⁴⁶ CONFERENCIA LA PRUEBA INDICIARIA EN EL SALVADOR. Internet: <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/publicaciones/Ponencias/Ponencia%20del%20Dr.%20Reinaldo%20simposio%202011.pdf>. Acceso: 6 de Noviembre de 2015. Pág. 6

⁴⁷ ROSAS YATACO, Jorge. (2004), “Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional”. *Anuario de Derecho Penal. La Reforma del Proceso Penal Peruano*, pp. 291 – 292.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ MIXÁN MASS, Florencio; *La prueba Indiciaria*. Trujillo: BLG, 1992, p. 10.

De igual manera Jairo Parra Quijano, tratando de demostrar la importancia que tiene la prueba indirecta en cada legislación, cita a Framarino De Malatesta, quien en su obra “Lógica de las pruebas en materia criminal”, quien señala:

La gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por consiguiente, son muy pocos los hechos que podemos conocer por percepción directa de nuestros propios ojos”. “Este obstáculo lo superamos en parte por la observación directa de los demás, pues la mayoría de los hombres nos relatan lo que ellos han percibido y así el conocimiento de cada uno se sirve del conocimiento de todos. Pero esto también no es siempre posible, no sólo a la observación directa de nosotros mismos, sino también a la de otras personas que pudieran referírnoslas. Nos preguntamos si el hombre deberá renunciar por eso al conocimiento de tales hechos y permanecer en la oscuridad y contestamos que no, por fortuna. Entre una cosa y otra existen hilos secretos e invisibles para los ojos corporales, pero cognoscibles para los ojos de la mente, tenues hilos que constituyen el medio providencial que nos sirven para llegar a la conquista de lo desconocido y con la ayuda de los cuales la inteligencia humana, partiendo de lo que conoce directamente, llega a lo que no puede percibir de modo directo.⁵⁰

Framarino nos dice algo totalmente cierto, no podemos renunciar a la verdad, y la prueba indiciaria nos da la posibilidad de evitar aquello, ya que podemos a través de ella llegar a conocer aquellos hechos que a través de los medios de prueba directos simplemente no sería posible.

Resulta necesario a más de definir y señalar la importancia de la prueba indiciaria, establecer cuando tendrá eficacia la misma, frente a ello Guiber Condori Mamani, cita a Mixán Máss quien establece que la prueba indiciaria solo y solamente tendrá eficacia probatoria si convergen pre-requisitos y requisitos:

⁵⁰ PARRA, Jairo. Apuntes de la Prueba Indiciaria. Bogotá. Pág. 19

Pre-requisitos:

- 1) Que, la existencia del dato indiciario (del indicio) sea indubitable, incontrovertible, autentico y con significación verdadera.
- 2) Que la prueba indiciaria haya sido incorporada en el proceso mediante una actividad probatoria válida.
- 3) Que la inferencia aplicada para la obtención del argumento probatorio de cada indicio esté exenta de falacias o paralogismos⁵¹.
- 4) Que sea conducente, con aptitud tanto legal como real de conducir al descubrimiento de la verdad sobre el thema probandum.

Requisitos:

- a. Que la relación causal entre el dato indiciario y el “dato indicado” (aquello que se investiga) sea real, verídica y probable.
- b. Pluralidad de indicios “contingentes”.
- c. Que los “indicios contingentes” sean “concurrentes” y “concordantes”.
- d. Univocidad e indivisibilidad.
- e. Convergencia de argumentos probatorios.
- f. Ausencia de contra indicios o inconsistencia de éste.
- g. Inexistencia de otra clase de pruebas que desvanezcan o refuten a la prueba indiciaria.⁵²

Mixán Mass nos aclara en su obra “La Prueba Indiciaria”, que no debemos pensar que “indicios” y “prueba indiciaria constituyen el mismo concepto, ante lo cual nos explica lo siguiente:

En efecto, prueba indiciaria es un concepto jurídico-procesal compuesto y, como tal, incluye como componentes varios subconceptos: indicio (dato indiciario), inferencia aplicable y la conclusión inferida (llamada, aún por muchos, presunción del juez o presunción del hombre), que conducen al descubrimiento razonado de aquello que es indicado por el

⁵¹ PARALOGISMOS: razonamiento falso.

⁵²CONDORI MAMANI, Guiber. La Prueba Indiciaria. Internet. <http://giverlawman.blogspot.com/2009/07/la-prueba-indiciaria.html>. Acceso: 6 de Noviembre de 2015

indicio (el conocimiento que se adquiere sobre lo que tradicionalmente se conoce como hecho indicado o dato indicado).⁵³

Una diferencia aún más clara nos da Rosas Yataco, al señalar:

Si la conclusión obtenida del razonamiento correcto es además conducente, pertinente y útil, se convertirá en argumento probatorio; de manera que como se verá, el indicio es únicamente el primer subconcepto, el primer componente del concepto de prueba indiciaria. Ello, lógicamente no descarta la vinculación que existe entre ambos conceptos.⁵⁴

Diríamos entonces que todos estos espléndidos criterios recogidos, coinciden en que la prueba indirecta busca mostrar certeza de un hecho, mediante un nexo causal y lógico entre el hecho probado y el que se pretende probar. Y por supuesto dejar atrás aquel criterio erróneo de que los indicios son lo mismo que la prueba indiciaria, pues los primeros constituirían apenas una parte.

2.2 DIFERENCIA ENTRE PRESUNCIÓN E INDICIO.

Existe mucha confusión respecto al tema, existen dos teorías totalmente opuestas respecto a si existen o no diferencias entre estos dos términos. Un sector de la doctrina y del derecho positivo las considera como sinónimos y otro cree que son diferentes. Para tratar de descifrar estas dudas, es necesario partir por definir qué se debe entender por “indicio”, ya que a las “presunciones” se las definió en los capítulos anteriores.

Para Carrión Lugo, el indicio es todo *rastros, vestigio, huella, circunstancia y en general todo hecho conocido que mediante la vía de la inferencia nos lleva al conocimiento de otro hecho desconocido*.⁵⁵

⁵³ MIXÁN MASS, Ob. Cit. p. 10.

⁵³ ROSAS YATACO, Ob. Cit. Pág. 291-292

⁵⁵ CARRIÓN LUGO, Jorge. (2000) *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Editora GRIJLEY. Primera edición. Lima, 2000; p. 123.

De lo inicialmente señalado, se desprende que existen dos criterios, un sector de la doctrina que defiende que son sinónimos y otro que sostiene que son dos conceptos diferentes.

Dentro del primer grupo tenemos a Ricardo Henríquez La Roche, quien en su obra titulada “Código de Procedimiento Civil”, comenta: “Las Presunciones como medios probatorios”, quien sostiene: *“la presunción, el indicio y el adminículo vienen a significar lo mismo sustancialmente: la determinación de un hecho desconocido a partir de otro hecho distinto y cierto acreditado en los autos.”*⁵⁶

La Enciclopedia Jurídica Omeba, también señala que los códigos procesales de Buenos Aires no diferencian el indicio de la presunción.⁵⁷

De igual manera Rengel Romberg, en su obra “Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano”, aseveró: *“en Venezuela, los indicios constituyen una clase de prueba y que se los identifica con las presunciones llamadas “hominis” o del hombre, contempladas en el Código Civil Venezolano en el artículo 1399*⁵⁸*”.*⁵⁹

El segundo grupo, considera que son conceptos distintos, y dentro de dicho grupo encajan los siguientes doctrinarios:

Luis Gerardo Espinoza López, en su obra titulada “Derecho Probatorio”, es muy claro al señalar:

No es lo mismo, el indicio que la presunción, porque realmente para llegar al indicio hay que hacer una inferencia lógica terminando en la deducción, en tanto que en la presunción, esa deducción está plasmada

⁵⁶ HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (1996). *Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. pág.607-608

⁵⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIII. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. Pág. 137.

⁵⁸ RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. (Según el nuevo Código de 1987). Volumen III. pág.428

⁵⁹ **IBÍD. ARTÍCULO 1399.**-- Las presunciones que no estén establecidas por la Ley quedarán a la prudencia del Juez, quien no debe admitir sino las que sean graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la Ley admite la prueba testimonial.

por la ley, luego hay razones más que suficientes que nos permiten hacer la distinción entre una y otra figura.⁶⁰

Para este autor las presunciones y los indicios son especies dentro del género de la prueba indirecta. Además hay que señalar que tanto la presunción como el indicio, son una forma de raciocinio, pero mientras el raciocinio de la presunción va de lo conocido a lo desconocido, con el auxilio del principio de identidad, el raciocinio del indicio, por el contrario, va de lo conocido a lo desconocido, a la luz del principio de causalidad.⁶¹

Domínguez del Río, citado por Villalobos, sobre el tema aseveró:

Por indicio ha de entenderse la existencia comprobada de un dato, vestigio, huella o rastro que posiblemente nos conduzca al esclarecimiento o constatación del hecho que interesa indagar, siendo que este indicio para ser útil requiere venir acompañado de otras presunciones de hechos que acaben por producir la convicción, indicio tiene entonces el valor de una mera presunción humana.⁶²

Los Cubanos Gerardo y Raúl Rojas Ramírez, se preocuparon en estudiar la prueba indiciaria dentro de la legislación de su país, y en su obra “La presunción como medio de prueba en el proceso civil cubano”, citan a grandes doctrinarios, entre ellos Alsina quien al momento de diferenciar a los indicios de las presunciones, señala:

Indicio se refiere a todo rastro o vestigio, huella, circunstancia, y en general todo hecho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por la vía de influencia al conocimiento de otro hecho desconocido. Mientras que la presunción es la consecuencia que se obtiene luego del establecimiento de caracteres comunes en los hechos, ello supone una doble operación mental, inductiva y

⁶⁰ ESPINOZA, Gerardo. (1986). *Derecho Probatorio*. Colombia: Ediciones Librería del Profesional. 1986. Pág. 204

⁶¹ BLOGGER. Internet:
<http://diferenciaentreindiciosypresunciones.blogspot.com/2010/11/diferencias-entre-indicios-y.html>. Acceso: 1 de Diciembre de 2015

⁶² VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 62

deductiva, porque por la primera se alcanza los hechos en general, y por la segunda se logra aplicar el mismo principio a los hechos en particular, tras la afirmación de que, en circunstancias análogas, esto se comportarían de la misma manera.⁶³

Para estos doctrinarios, las presunciones y los indicios no constituyen una misma figura, por el contrario, las presunciones vendrían a ser la consecuencia de los indicios.

Existen por otra parte autores que consideran que hablar de presunciones o indicios dependen de la materia en la que se encuentren, y el ámbito cultural, frente a ello Villalobos, cita a Gorphe quien explica lo siguiente:

Los civilistas hablan con preferencia de presunciones (de hecho o del hombre, puesto que no se trata aquí de las legales), los criminalistas de indicios, y los juristas ingleses o americanos de circunstancias, por ello se escucha hablar de prueba presuntiva, prueba indiciaria y prueba circunstancial.⁶⁴

Igual criterio tiene Carnelutti, quien es citado por Villalobos : *“los indicios pertenecen a la dogmática del Derecho Procesal Civil y la presunciones a los del Derecho Civil”*⁶⁵

El Criterio de Gorphe y Carnelutti es el vigente nuestro país, en donde se da un trato distinto a las mismas, es por ello que el Doctor José García Falconí, en su artículo “El Principio Procesal de Inocencia en el COIP”, cita al Dr. Luis Cueva Carrión, el cual señala:

Generalmente se confunde al indicio con la presunción y, en la práctica, se los trata en forma indiferenciada; vamos a aclarar este asunto estableciendo su diferencia. Las presunciones no son indicios; se basan en indicios. Los indicios son los soportes de las presunciones, son los elementos básicos para su formulación. Las presunciones no se prueban, se infieren. Los indicios se prueban. Los indicios son

⁶³ ROJAS, Gerardo y Raúl. Ob. Cit. Pág.4.

⁶⁴ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 62

⁶⁵ Ibíd.

anteriores; las presunciones, posteriores. Las presunciones son el resultado de la inferencia que se obtiene en base a los indicios.⁶⁶

En definitiva resulta difícil establecer una lista taxativa de diferencias existentes entre estas dos figuras, pues no existe un criterio unánime sobre si existen o no tales diferencias, esto va a depender de cada legislación y opinión de los doctrinarios.

⁶⁶ REVISTA JUDICIAL DERECHO ECUADOR, 2014.
Internet: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=3702>. Acceso 12 de Octubre de 2015.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN COMPARADA

3.1 Chile

El Código de Procedimiento Penal Chileno, define a las presunciones en su artículo 485 al señalar:

Presunción en el juicio criminal es la consecuencia que, de hechos conocidos o manifestados en el proceso, deduce el tribunal ya en cuanto a la perpetración de un delito, ya en cuanto a las circunstancias de él, ya en cuanto a su imputabilidad a determinada persona.⁶⁷

Nuestra legislación como la Chilena coinciden en que las presunciones pueden basarse en los indicios, es decir diferencia a estas dos figuras jurídicas, señalando que son especies dentro del género de la prueba Indirecta.

Según el código Civil Chileno, artículo 1712, las presunciones judiciales deben cumplir con tres requisitos:

Artículo 1712: "...Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes. "

Juan Andrés Orrego Acuña, explica de manera más extensa dichos requisitos del artículo recién mencionado, al señalar:

- ✓ Graves: que el hecho desconocido surja casi como una consecuencia necesaria u obligada del hecho conocido en que se apoya la presunción;
- ✓ Precisas: la presunción no debe ser vaga ni capaz de aplicarse a muchas circunstancias;
- ✓ Concordantes: las presunciones no deben destruirse unas a otras, no debe existir contradicción entre ellas.⁶⁸

⁶⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO.

⁶⁸ ORREGO ACUÑA, Juan. *Teoría de la Prueba*. Internet: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Teor%C3%ADa%20de%20la%20Prueba%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Teor%C3%ADa%20de%20la%20Prueba%20(1).pdf). Acceso. 15 de Noviembre de 2015. Pág. 27

Del tenor de dicho artículo, según Orrego se podría pensar que para que las presunciones judiciales constituyan plena prueba, deben ser varias (dos o más), graves, precisas y concordantes.

Dichos requisitos mencionados por la legislación Chilena, son los mismos que actualmente los legisladores Ecuatorianos han incluido como requerimientos para que las presunciones sean tomadas en cuenta por el juez, según artículo 172 del Código Orgánico General de Procesos, al señalar:

Los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de la prueba y que además sean **graves, precisos y concordantes**, adquieren significación en su conjunto cuando conducen unívocamente a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias expuestos por las partes con respecto a los puntos controvertidos. Por lo tanto, la o el juzgador puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial⁶⁹

Este autor además se refiere a la admisibilidad que tiene este medio probatorio, frente a lo cual sostiene que por su naturaleza, carece de restricciones y sólo es impropio para probar los actos y contratos solemnes, los que se prueban por su respectiva solemnidad, al tenor de los artículos 1682 y 1701 del Código de Procedimiento Civil Chileno. De igual manera se pronunció sobre su valor probatorio, reconociéndolo como prueba plena dentro del ordenamiento jurídico chileno, conforme el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, los jueces del fondo⁷⁰ son soberanos para establecer las presunciones, pero en sus sentencias deben puntualizar o precisar la operación lógica que los llevó al respectivo convencimiento.⁷¹

De lo analizado se desprende que en materia procesal la legislación Chilena está enfocada en la misma línea que la nuestra en materia probatoria.

⁶⁹ Código Orgánico General de Procesos.

⁷⁰ En Chile se conoce como Jueces de Fondo a quienes conocen el juicio en su etapa de discusión y prueba. Generalmente son los jueces de primera instancia. Ese término se usa en los alegatos generalmente para referirse a los jueces letrados que conocieron antes el asunto, y tuvieron contacto con los medios de prueba.

⁷¹ ORREGO. Ob. Cit.

⁷¹ Código de Procedimiento Civil de Colombia. Internet: <http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/civil/procivi3.htm>. Acceso: 1 de Diciembre de 2015

3.2 Colombia

Dentro del Título III “Pruebas”, Capítulo I del Código de Procedimiento Civil Colombiano, en su artículo 176, hace alusión sobre las presunciones legales, al señalar lo siguiente: “Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

Dentro del capítulo destinado para las pruebas válidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no se incluye a las presunciones judiciales, sino a los Indicios, es así que el Art. 175 del Código Procedimiento Civil hace referencia a los medios probatorios y señala:

*“Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los **indicios** y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.”⁷²*

De igual manera el capítulo VII, desarrolla de manera un tanto amplia a los Indicios como medio probatorio en los siguientes artículos:

Art. 248.- Requisitos de los indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso.

La legislación Colombiana, no habla de presunciones, sino de indicios como medios probatorios, por lo tanto los mismos para constituir prueba deben estar debidamente acreditados.

Juan Antonio Rosas Castañeda, cita a Martin Castro, en el artículo titulado “Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado.”, define y confirma lo dicho: *“indicio es todo hecho cierto y probado con virtualidad para acreditar otro hecho*

con el que está relacionado, quienes deben estar debidamente acreditados a través de los medios de prueba previstos por la ley.”⁷³

Art. 249.- La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes.

El legislador colombiano, establece que la conducta de las partes durante el proceso, podría ser objeto de valoración probatoria, el alcance de esta norma es explicado por Mabel Londoño Jaramillo, reconocida Abogada Colombiana, quien en su artículo titulado “Los indicios conductuales en el proceso civil”, señala:

El moderno derecho procesal sostiene que es lícito para el Juez extraer argumentos de prueba de los comportamientos procesales de los litigantes. Estos argumentos de juicio pueden inferirse, algunas veces, de la conducta observada por la parte que implique una negativa a colaborar con la producción de la prueba, ya que en el proceso civil, las partes tienen el deber de cooperar en toda la actividad probatoria, a riesgo de que su renuencia pueda ser apreciada por el juez como un indicio en contra. En este sentido, el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil dispone: “El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”.

Lo que se valora no es la falta de moral, sino la falta de colaboración en el proceso, para la legislación Colombiana, la conducta evasiva de las partes procesales significaría que buscan evitar llegar a la verdad de un hecho, quizás porque sería él el culpable y contra quien caería el peso de la ley de probarse que tales hechos son de su autoría, sin embargo la misma autora señala que el Juez tiene una gran tarea al momento de valorar estas conductas, pues un error resultaría fatal, además señala que la doctrina ha clasificado dos tipos de conductas en el proceso:

⁷³ ROSAS CASTAÑEDA, Antonio. *Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado*. Internet: http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285.Acceso. 26 de Diciembre de 2015

Las exculpatorias, es decir, favorables a la parte de la cual provienen, y las inculpatorias, que determinan una valoración en contra; desagregando a su vez las conductas inculpatorias en varias modalidades, como son las que se expresan en los actos de alegación y las conductas de prueba que conllevan las omisivas, oclusivas, hesitativas y mendaces. Las inconductas que se desatan en el primer caso serán criterios de valoración de los medios de prueba testimonial, declaración de parte y confesión; las inconductas de prueba serán estructuradas como indicios en contra, por lo tanto pueden incidir en la decisión que tome el juez. Es decir, los indicios fundados en las 'inconductas' son exponenciales, cuando simplemente ganan la atención del juez, y conductuales, cuando son valorables en la sentencia.⁷⁴

Según Londoño el Juez realiza la valoración de las conductas omisivas, oclusivas, hesitativas y mendaces, conceptos que son definidos por la misma autora:

- ✓ **CONDUCTA OMISIVA:** Estas conductas se presentan como una muestra evidente de falta de colaboración procesal en todos aquellos problemas fácticos cuya solución pudiera, tal vez, obtenerse con una participación más activa del omitente; por lo tanto, se constituyen en inconductas plenamente valorables.
- ✓ **CONDUCTA OCLUSIVA:** Las partes no pueden obstaculizarse en la fase probatoria, por cuanto esto afecta directamente el debido proceso y el derecho a la contradicción de la prueba. Como puede advertirse, no se trata de la simple falta de colaboración que se contempla como conducta omisiva, sino que se trasunta en un acto positivo encaminado a que el contrario no pueda practicar sus pruebas. El comportamiento oclusivo recae usualmente sobre los actos de aportación y obtención de prueba, pero para inferir consecuencias probatorias específicas, la falta de colaboración debe hallarse lo más estrictamente ceñida al tema de prueba. Debe tenerse presente que el legislador, en el artículo 71 del

⁷⁴ LONDOÑO, Mabel. (2006). *Los indicios conductuales en el proceso civil*. Medellín. Internet: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/135/119>

Código de Procedimiento Civil, señaló como deber de las partes y sus apoderados prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencias, a riesgo de que su renuencia sea apreciada como indicio en contra; esto, en concordancia con el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución Política, que establece como deber de la persona y del ciudadano, colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

- ✓ **CONDUCTA HESITATIVA:** Esta conducta se patentiza cuando la parte formula alegaciones fácticas que real o virtualmente se contradicen, lo que revela una incertidumbre que predispone en su contra. Esto no significa que todas las afirmaciones contradictorias sean falsas, pero sí produce cierta predisposición adversa, más por intuición que por pura inferencia lógica. En este punto cabe señalar que el juez, al valorar este tipo de conductas, debe obrar con suma prudencia y tener la convicción de que existe una conducta verdaderamente contradictoria y sospechosa. Plantea Isidoro Eisner, que la hipótesis mencionada es una consecuencia de la ya consagrada doctrina de los propios actos, que nos pone frente a una regla de comportamiento exigible, una máxima é tico-jurídica o un principio recibido por decantación teórica y jurisprudencial, en cuya virtud el jurista -Juez o abogado- dispone de un instrumento útil y adaptable que permite operar límpidamente en la constante empresa de moralización del derecho y la conducta humana vinculante.
- ✓ **CONDUCTA MENDAZ:** La conducta mendaz, entendida como la aseveración mentirosa o calumniadora hacia terceros, como la falta de veracidad de algunas afirmaciones realizadas por la parte, puede aparejar como consecuencia que el Juez se incline a no considerar como ciertas otras afirmaciones de esa parte, dado el estado patológico y morboso que presenta la contienda procesal. Pero no toda mentira presenta relieve probatorio, se habla más bien de la mendacidad, esto es, la conducta reiterativamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total del relato fáctico y que obedece, por tanto, no a

ocasionales técnicas de defensa, sino a la convicción de que solo mintiendo en todo y por todo se podrá salir airoso de la litis. Esta conducta es prevista en el artículo 95 del Código de procedimiento civil, que señala la posibilidad del Juez de apreciar como indicio grave en contra del demandado, las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad que haga en la contestación de la demanda⁷⁵

Este artículo, autoría de Londoño, es resultado de una investigación denominada “Valoración de la conducta omisiva, oclusiva y mendaz en un debido proceso civil y penal”, dirigida por el Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal y adscrita a la línea “Hacia una nueva hermenéutica de la decisión judicial en el debido proceso probatorio en Chile”, quienes realizaron encuestas en los juzgados Civiles del circuito, de Familia y Civiles Municipales de Medellín, por lo cual este análisis es de la realidad procesal en Colombia.

En nuestro país no se valora la conducta de las partes procesales ya que se podría caer en errores garrafales o caer en subjetividades, sino se toman en cuenta las reglas necesarias para considerar como indicios ciertas conductas, sin embargo hay que reconocer que esto ha funcionado en Colombia y que no es visto como violación de derecho alguno.

En cuanto a la valoración de los indicios, el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil Colombiano explica:

Art. 250.- Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.⁷⁶

Al respecto la Licenciada Pilar Bueno Sánchez, en su obra “De las Presunciones e Indicios, se refiere a la fuerza probatoria de los Indicios en España, Argentina y Colombia, frente a lo cual señala: “En Colombia existen

⁷⁵ LONDOÑO, Ob. Cit.

⁷⁶ Código de Procedimiento Civil de Colombia. Internet:
<http://alcaldiademonteria.tripod.com/codigos/civil/procivi3.htm> .Acceso: 1 de Diciembre de 2015

reglas tendientes a limitar el valor probatorio de los indicios, lo cual no sucede en España, en donde no existe limitación alguna, pues como en la legislación moderna se sigue el sistema de la libre convicción.”⁷⁷

La legislación Colombiana por lo tanto reconoce a los indicios como medio probatorio y no a las presunciones judiciales, la razón de aquello según el criterio de Oscar Ochoa, en su libro “Personas. Derecho Civil I, es que *“indicio no es ningún razonamiento, no es una inferencia lógica deductiva, no es ningún silogismo hipotético, como si lo es en cambio la presunción.”*

Por lo tanto resulta más adecuado hablar de indicios cuando se hace referencia a los mismos hechos, de los que se deduce la existencia de otros. Este mismo autor cita en su obra a G. Chiovenda el cual señala *“la ley llama presunciones a los mismos hechos de los que se deduce la existencia de otros, pero con más propiedad denominándose tales hechos como indicios”*.⁷⁸

Los indicios constituyen el hecho base sobre la cual emana la presunción, además las presunciones constituyen razonamientos, razón por la cual los indicios son los que tienen la categoría de prueba en la Legislación Colombiana.

Jairo Parra Quijano, se ha preocupado por estudiar de manera profunda la teoría de la prueba Indiciaria en su natal Colombia, el cual señala en su obra titulada “Algunos apuntes de la prueba indiciaria “ que la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Penal en muchas oportunidades ha reconocido la calidad de prueba a los indicios y cita:

Precisa la Corte que el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su

⁷⁷ BUESO SANCHÉZ, Ob. Cit. Pág. 453

⁷⁸ OCHOA, Oscar. *Derecho Civil. PERSONAS*. CARACAS: TEXTO C.A. 2006. Pág. 364

agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido⁷⁹

3.3 México

La legislación Mexicana reconoce a las presunciones judiciales como medios de prueba, pero existe un uso diferenciado en materia penal y civil, ya que a pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen en este país que los indicios y las presunciones son momentos diferentes en el procedimiento probatorio (se considera que los indicios constituyen la base del razonamiento que da lugar a la presunción) y los indicios no están enumerados como medios probatorios dentro del Código de Procedimiento Penal mexicano , se utiliza a pesar de ello, de una manera predominante a los indicios dentro de los procesos Penales , mientras que en materia Civil, Mercantil, Laboral, Administrativa se utilizan las presunciones.⁸⁰

En el código Federal de Procesos, dentro del Título IV de Pruebas, el capítulo VIII se destina a las presunciones como medio de prueba, dichos artículos hacen referencia a las presunciones tanto legales como judiciales, al señalar en el artículo 191 lo siguiente:

“Las presunciones, sean legales o humanas, admiten prueba en contrario, salvo cuando, para las primeras, exista prohibición expresa de la ley.”⁸¹

Sin embargo, en la legislación Mexicana, es en el código de Comercio donde se regula de manera más profunda las presunciones judiciales, en su capítulo XIX, en los artículos 1284, 1285 y 1286 se precisa los requisitos para que las presunciones judiciales sean tomadas en cuenta por el juzgador, al señalar:

⁷⁹ PARRA QUIJANO. Ob. Cit.

⁸⁰ OVALLE FAVELA, José. (2003). *Derecho Procesal Civil*. 9a edición. Oxford, México: Editorial Oxford.

⁸¹ CÓDIGO FEDERAL DE PROCESOS. (México)

Art. 1284.-La presunción debe ser grave; esto es, digna de ser aceptada por personas de buen criterio. Debe también ser precisa; esto es, que el hecho probado en que se funde, sea parte o antecedente, o consecuencia del que se quiere probar.

Art 1285.- Cuando fueren varias las presunciones con que se quiere probar un hecho, han de ser, además, concordantes; esto es, no deben modificarse ni destruirse unas por otras, y deben tener tal enlace entre sí y con el hecho probado, que no puedan dejar de considerarse como antecedentes o consecuencias de éste.

Artículo 1286 Si fueren varios los hechos en que se funde una presunción, además de las calidades señaladas en el art. 1284, deben estar de tal manera enlazadas, que aunque produzcan indicios diferentes, todos tiendan a probar el hecho de que se trate, que por lo mismo no puede dejar de ser causa o efecto de ellos⁸²

A diferencia de la legislación Colombiana ya analizada y la Ecuatoriana en donde el Código de Procedimiento Civil en el primer caso y Código General de Procesos en el segundo caso son los destinados a tratar las presunciones como medio probatorio, en el caso de México como se deduce de los artículos recién mencionados, es necesario remitirse al Código de Comercio para hallar los requisitos para que una presunción judicial sea válida, además en este cuerpo normativo se establecen como cuatro los requisitos (graves, precisas, concordantes y enlazadas) mientras que en Ecuador y Colombia son tres (graves, precisas y concordantes).

Finalmente es necesario analizar la forma de valoración de las presunciones dentro del ordenamiento jurídico mexicano, encontrando así en código de comercio, en el artículo 1306 referencia de esto, señalándose que se valorarán en justicia.

Artículo 1306.- Los jueces, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos, el enlace natural más o menos necesario que existe entre la

⁸² CÓDIGO DE COMERCIO MEXICANO

*verdad conocida y la que se busca, y la aplicación más o menos exacta que se pueda hacer de los principios consignados en los arts. 1283 a 1286, **apreciarán en justicia** el valor de las presunciones humanas.*⁸³

El código Federal de procesos por su parte, en el artículo 218, inciso segundo señala que la valoración quedará a consideración del tribunal:

“El valor probatorio de las presunciones restantes queda al prudente arbitrio del tribunal.”⁸⁴

⁸³ CÓDIGO DE COMERCIO MEXICANO.

⁸⁴ CÓDIGO FEDERAL DE PROCESOS.

CAPITULO IV

INTRODUCCIÓN DEL RÉGIMEN DE PRUEBA INDIRECTA AL COGEP

4.1 Generalidades

Es necesario iniciar este capítulo descifrando de donde surge la idea o necesidad de reformar la administración de justicia mediante la incorporación del Código Orgánico General de Proceso. La respuesta a esta inquietud nos da la Revista Virtual de la Defensoría Pública, que en su artículo denominado “El Código Orgánico General de Procesos, cambio de paradigma”, señala lo siguiente:

El Código Orgánico General de Procesos se promulgó en el Registro Oficial el 22 de mayo del 2015 y con ello quedó sepultado el obsoleto régimen del Procedimiento Civil, en donde el reinado el sistema escrito llegó a su fin, sistema que causaba la lentitud de los trámites, una larga letanía jurídica, sin intermediación, y demora en resolver los litigios.

Leonardo Hernández Walker, Gerente General de la firma de abogados LEXIS S.A. en un artículo referente al COGEP aseveró:

“Con ello, después de seis años, se ha concretado el mandato de los artículos 168 y 169 de la Constitución de Montecristi: *“... la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, fases y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral”*.⁸⁵

De igual manera El Presidente del Consejo de la Judicatura, Gustavo Jalkh, durante la inauguración del Seminario Internacional de Derecho Procesal desarrollado en Quito en Agosto del 2015, denominado “Código Orgánico General de Procesos (COGEP) del Ecuador y la oralidad en América Latina”, al pronunciarse sobre las ventajas señaló: *“El país está cambiando un sistema escrito lleno de incidentes y de trampas, que favorecía a quien no*

⁸⁵ HERNANDEZ WALKER, Leonardo

Internet.<http://esilecdata.s3.amazonaws.com/Comunidad/Editoriales/2015/EL%20COGEP.pdf>.
Acceso: 9 de Noviembre de 2015

*quiere cumplir con sus obligaciones y perjudicaba al abogado que quiere litigar de buena fe*⁸⁶

Entre las ventajas que trae consigo el COGEP tenemos la oralidad, fortalecimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos, nuevas herramientas tecnológicas para prestar servicios de notificaciones, entre otras, pero a la presente investigación lo que le interesa es el gran avance que trae consigo incorporar en el COGEP, a las presunciones judiciales como medio de prueba.

Mauro Andino Reinoso, Presidente de la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, en el pleno de la Asamblea, al iniciar el debate sobre el Libro III del Código de Procesos, señaló que el título segundo de las pruebas resulta *“fundamental para justificar los fundamentos de hecho y de derecho, de una acción planteada o para desvanecer esas pretensiones del actor por parte de él o de los demandados o para justificar una reconvención”*⁸⁷

El Derecho Procesal indudablemente ha progresado, y siendo la etapa probatoria una de las instancias más importantes dentro del proceso y de la cual depende una decisión favorable o desfavorable por parte del Juez, resulta extraordinario que Ecuador a la par de otras legislaciones modernas, introduzca mejoras en el campo procesal y probatorio.

El Doctor Rodrigo Miranda Coronel Juez de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, menciona al Inglés Jeremy Bentham, en su artículo “La presunción como prueba judicial” publicado en el Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia haciendo referencia al valor de la prueba señala: “e/

⁸⁶ CONSEJO DE LA JUDICATURA.

Internet. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/COGP%20INDIVIDUAL%20RD.pdf>. Acceso: 26 de Septiembre.

⁸⁷ ASAMBLEA NACIONAL. “Libro III del COGEP transformará el sistema probatorio del país”: Mauro Andino. Internet. <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/libro-iii-del-cogep-transformara-el-sistema-probatorio-del>. Acceso: 9 de Noviembre de 2015

*arte del procedimiento judicial no es esencialmente más que el arte de producir las pruebas*⁸⁸

El mismo autor además señaló que es necesario establecer diferencias entre las presunciones como pruebas en materia general con la penal, ante lo cual consideró necesario citar a Claus Roxin, autor del libro “Derecho Procesal Penal”, quien señala: “Mientras en el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, solo necesitan ser probados los hechos discutidos, en el proceso penal, como consecuencia de la máxima de la instrucción, rige el principio de que todos los hechos que de algún modo son importantes para la decisión judicial deben ser probados.”⁸⁹

Cuando entra en vigencia una ley, corresponde a los Jueces, abogados y usuarios de la administración de justicia prepararse para estos grandes cambios. Frente al Código Orgánico General de Procesos, tanto los abogados de gran trayectoria como los que recién empiezan, deben prepararse para estar a la altura de este cambio de paradigma en la justicia, que traerá consigo grandes avances y satisfacciones si abrimos nuestras mentes a lo nuevo. Hay que dejar atrás aquel sistema que tanta letanía procesal traía consigo y dar la bienvenida a este moderno y saludable sistema.

4.2 Posiciones a favor de la Introducción de la Prueba Indiciaria en el COGEP

DOCTOR KAISSER MACHUCA

1) Hay quienes sostiene que la prueba indiciaria no es un medio de prueba y hay quienes a pesar de reconocerle esta calidad sostienen que es un medio de prueba inseguro ¿Qué opinión tiene al respecto?

⁸⁸ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Internet.
<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/binstitucional/boletincnj18.pdf>. Acceso: 9 de Noviembre de 2015

⁸⁹ Ibíd.

Indudablemente debe dársele la categoría de prueba, pero sin olvidarnos que el Juez acude a la prueba indirecta cuando no tiene prueba directa sobre los hechos, entonces es de naturaleza supletoria.

No se puede pensar que este medio de prueba causa inseguridad jurídica, ya que las presunciones judiciales por más que se basen en indicios, circunstancias, antecedentes o conjeturas no pueden dar jamás margen a la subjetividad, el buen Juez sabe que debe obrar objetivamente, por lo tanto debe tomar toda la prueba y con mayor celo cuando se trate de pruebas indirectas, para lograr objetividad, es decir certeza de que esos indicios conducen a presunciones valederas y eficaces.

2) ¿Considera usted que el Código de Procedimiento Civil no le daba la importancia necesaria a la prueba indirecta?

La deficiencia del Código de Procedimiento Civil es no haber dictado norma reguladora sobre las presunciones, debió haberlas incorporado porque es un medio de prueba, además no tiene norma que desarrolle los tipos de presunciones y su fuerza o eficacia probatoria, pero a pesar de estas falencias, el Código de Procedimiento Civil si las reconoce, si revisamos el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil que habla sobre los medios clásicos pero también en expresiones dice toda forma de demostrar los hechos, ya sea a través de medios científicos, técnicos, o de otra naturaleza. Hay quienes consideran que las presunciones judiciales tienen naturaleza científica y otros no, pero para mí particularmente al ser pruebas de carácter supletoria requieren un mayor rigor científico en el análisis y valoración por parte del juez y consecuentemente si estaban contempladas tácitamente en el Código de Procedimiento Civil.

3) A pesar de los beneficios que trae consigo introducir la prueba indirecta en el COGEP, encuentra usted alguna falencia en el artículo 172 del mismo?



No encuentro ninguna falencia, pero los Jueces formalistas pueden considerar que las hay, el artículo 172 del COGEP, permite la utilización moderada de las presunciones judiciales, pues es clara la norma al señalar que deben cumplir con los requisitos de ser “graves, precisas y concordantes” y al cumplir dichos requisitos serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica, además al señalar que no es que le obliga al juez, sino que claramente señala que puede acogerse a este medio probatorio. Si las presunciones le dan convicción objetiva, el Juez puede fallar en base a las presunciones y no se violaría ningún precepto constitucional o legal.

CAPÍTULO V

APRECIACIÓN Y VALORACIÓN DE LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

5.1. Valoración de las Presunciones

El sistema de valoración al que se someten las presunciones es analizado por Villalobos, quien cita a los autores Rafael Pina y José Castillo Larrañaga, quienes nos dicen en su obra titulada “Instituciones del Derecho Procesal Civil” lo siguiente:

“La apreciación de las presunciones humanas se dejan por la ley al **libre árbitro del juez**, siendo que a ninguna otra prueba es más necesaria la libertad del juez, pues la operación lógica que da por resultado la deducción que le lleva de un hecho conocido a obtener la verdad de otro ignorado, sería imposible si no se le permitiese un amplio margen de discrecionalidad para realizarla.”⁹⁰

De igual manera coincide con dicho criterio Carnelutti, quien también es citado por Villalobos en su tesis de grado titulada “Las Presunciones como medios Probatorios”, aseveró:

“El Juez es libre de emplear como prueba cualquier hecho en cuanto la experiencia le consienta deducir de él la existencia o inexistencia del hecho a probar, pero que esta libertad no es ilimitada por cuanto el juez debe admitir solo aquellas presunciones que sean graves, precisas y concordantes, y que además no puede servirse de ellas, aunque se dejen a su apreciación en los casos en que se admite la prueba de testigos.”⁹¹

A más de esto el mismo autor, aclara que si bien deben reunir estos tres requisitos, cabe aclarar que basta una para que sirva de prueba.

⁹⁰ VILLALOBOS, Lisbeth. Las presunciones como medios probatorios. Trabajo de grado. Doctorado en Derecho de la Universidad de Zulia. Venezuela. Pág. 84

⁹¹ Ibíd.

Las presunciones judiciales según Carnelutti deben reunir tres requisitos, pero esto no es una novedad ya que esto se encuentra regulado por diversas legislaciones como la Chilena, Mexicana, Colombiana que fueron objeto de nuestro análisis y si nos remitimos a la realidad Nacional en nuestro país con la entrada en vigencia del COGEP, también se incluirán dichos requisitos.

María del Pilar Bueso Sánchez señala que no existe un verdadero procedimiento probatorio para valorar las presunciones, frente a lo cual señala lo siguiente:

“Se utiliza un procedimiento lógico, formado por la operación mental o raciocinio del juzgador, que adquiere la estructura de un silogismo que, partiendo de ciertos acontecimientos, positivos o negativos, que se le ofrece o recoge, deduce el que se quiere conocer, dato procesal o probar.”⁹²

En la misma obra la autora señala que la forma de valoración por regla general, es aplicar el sistema de la sana crítica, pero esto dependerá del sistema vigente en cada país, por lo tanto resultaría necesario echar un vistazo a la legislación Ecuatoriana y jurisprudencia Internacional en cuanto a la forma de valoración.

Para tener más claro y obtener una visión más amplia de cómo se valora según otras legislaciones las presunciones, resultaría pertinente citar Jurisprudencia. Villalobos, cita lo que en sentencia de fecha 28 de abril de 1994, la Corte de Venezuela expresó:

Las presunciones hominis es el resultado de una operación intelectual, por la cual el juez con base a un hecho conocido, induce la existencia de otro desconocido, y es doctrina consolidada y pacífica de esta sala, que el establecimiento de una presunción queda a la **libre discusión y conciencia de las jueces de instancia** como una apreciación de un hecho no censurable en casación, salvo que el

⁹² BUESO SANCHÉZ, Ob. Cit. Pág. 453

hecho establecido mediante esta prueba, aparezca en contradicción con las demás actas del expediente.⁹³

De igual manera en sentencia el 24 de abril de 1998, la Corte enfatiza que las presunciones judiciales *“vienen a ser un consejo para el juez, a cuya observancia deja la ley la libertad de estimarlas, por lo que su apreciación pertenece a **la soberanía del juez** de instancia y no puede ser motivo del recurso de casación.”*⁹⁴

Resulta oportuno además transcribir la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 15 de diciembre de 2010 dictada en Madrid, Ponente Encarnación Roca Trias.

*CUARTO. (...) La sentencia de esta Sala de 14 mayo 2010 resume la doctrina acerca del concepto de presunción y dice: "Se ha dicho que las presunciones son operaciones intelectuales que consisten en tener como cierto un hecho, denominado hecho presunto, a partir de la fijación formal de otro hecho denominado hecho base, que debe haber sido probado. Como afirma la sentencia de 23 febrero 2010, "[l]a elaboración de las presunciones judiciales forma parte del procedimiento de valoración de la prueba y del conjunto de operaciones de carácter epistemológico y jurídico-institucional que deben llevarse a cabo para fijar los hechos en los que debe fundarse la decisión[...]", de modo que, como afirma la sentencia de 6 noviembre 2009, las presunciones judiciales admitidas como medio de prueba en el art. 386 LEC deducen **"a partir de un hecho admitido o probado, la certeza de otro hecho siempre que entre el primero y el segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano"** y añade dicha sentencia que "solo cuando sentada la realidad del hecho-base, el tribunal se aparta de tales reglas para llegar a conclusiones ilógicas en su proceso deductivo, puede entenderse que se ha vulnerado el derecho*

⁹³ VILLALOBOS, Lisbeth. Las presunciones como medios probatorios. Trabajo de grado. Doctorado en Derecho de la Universidad de Zulia. Venezuela. Pág. 88

⁹⁴ *Ibíd.*

fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) [...]". Por tanto, a pesar de que la valoración de la prueba corresponde al juzgador de instancia, esta Sala ha admitido la revisión en casación de las reglas del criterio humano recogidas antes en el art. 1253 CC (STS 29-9-2006), o del art. 386 LEC, en cuyo caso, según la sentencia de 16 marzo 2010, con cita de otras sentencias, "[...]lo que se somete al control casacional es, en definitiva, la sumisión a la lógica de la operación deductiva, quedando reservada a la instancia la opción discrecional entre los diversos resultados posibles"⁹⁵

A más de definir a las presunciones, la sentencia española, deja un gran referente ya que explica con claridad que las presunciones judiciales serán valoradas por el juzgador en base a su criterio y además se puntualiza cuando se considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela efectiva.

Sí bien queda claro cómo trata la valoración de las presunciones otras legislaciones, es necesario ahora analizar cómo se valoran las presunciones dentro de nuestra legislación.

La Primera Sala de la ex Corte Suprema, hoy Corte Nacional, mediante Resolución No. 83-99, del 11 de febrero de 1999 publicada en R.O. 159 de fecha 30 de marzo 1999, se pronunció señalando:

“La valoración de la prueba es una operación mental en virtud de la cual el juzgador determina la fuerza de convicción, en conjunto, de los elementos de prueba aportados por las partes, para inferir si son ciertas o no las afirmaciones hechas tanto por el actor como por el demandado, en la demanda y la contestación a la demanda, respectivamente. Esta operación mental de valoración o apreciación de la prueba es potestad exclusiva de los jueces y tribunales de instancia y deben hacerlo aplicando, como dice la ley, las reglas de la sana crítica, o sea aquellos conocimientos que acumulados por la experiencia y que, en conformidad

⁹⁵ RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Internet.
[http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/Sentencia%20del%20Tribunal%20Supremo15dic
iembre2010.pdf](http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/Sentencia%20del%20Tribunal%20Supremo15diciembre2010.pdf). Acceso: 10 de Noviembre de 2015

con los principios de la lógica, le permiten al Juez considerar a ciertos hechos como probados. El Tribunal de Casación no tiene atribuciones para hacer una nueva valoración de la prueba, sino únicamente para comprobar si en la valoración de la prueba se han violado o no las normas de derecho concernientes a esa valoración, y si tal violación ha conducido indirectamente a la violación de normas sustantivas en la sentencia.”⁹⁶

De igual manera el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano, señala como forma de valoración de las pruebas a la sana crítica:

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la **sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.⁹⁷

La sana crítica por lo tanto servirá en nuestro país para analizar los indicios y llegar a las presunciones.

Juana Lorena Ortiz Ortega, en la tesis de pregrado previo a la obtención del título de abogado en la Universidad de Cuenca, titulada: “La Prueba de las Obligaciones que contempla el Código Civil Ecuatoriano”, publicada en el año 2001, sostiene que para determinar el valor probatorio de las presunciones se debe tomar en cuenta lo siguiente:

a) Certeza del hecho indicador:

Los indicios deben ser ciertos, en cuanto que los hechos que las han formado deben ser seguros, probados aisladamente ya sea por prueba indirecta o compuesta, según se refiera al cuerpo del delito o a la autoría, porque precisamente la fuerza probatoria del indicio, reside en la evidencia material sugerida por este tipo de pruebas.

⁹⁶ RESOLUCION DE LA PRIMERA SALA, 83-99 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 11 de FEBRERO de 1999).

⁹⁷ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.

b) Análisis crítico:

Los indicios deben ser sometidos al análisis crítico encaminado a verificarlos, precisarlos y avaluarlos, en este examen que debe hacer el juez del indicio no debe perder de vista todas las circunstancias que puedan falsear o hacerlo equivocar.

c) Autonomía del Indicio:

Los indicios deben ser independientes en varios sentidos, no siéndolo en cuanto tengan el mismo origen en cuanto a su prueba, ni los que constituyen momentos o partes sucesivas de un solo hecho accesorio.

d) Pluralidad de Indicios:

Han desaparecido de la doctrina jurídica y de la práctica más aún aquella tesis que sostenía que un solo testigo de buena presencia valía más que uno de presencia inferior.

Aplicando esta superación al campo de los indicios se manifiesta, que querer valorar la prueba por el número de indicios que a ella se encaminan es cometer un error, pero en cuestión de tasar la prueba para efectos de la pena es menester observar el número de indicios graves que se encuentran en el proceso.

En la actualidad teóricamente se ha superado teorías en las que un solo testigo no constituye prueba. Carlos E. Llera, abogado salvadoreño, escribe un artículo sumamente interesante al respecto y señala:

El origen histórico del sistema se remonta al primitivo Derecho Germano, e imperó en el mundo occidental durante la Edad Media y la Edad Moderna, dando lugar a la formulación de principios rígidos y extravagantes, tales como los relativos a la valía de la declaración de los testigos: (...)La declaración de un solo testigo, carecía de valor probatorio y no servía para probar el hecho "*testis unus, testis nullus*",

demandando, al menos la manifestación de dos testigos intachables y cuyas expresiones fuesen concordantes.⁹⁸

El sistema de las "pruebas legales" fue perdiendo autoridad por la forma en que los jueces lo aplicaban y por las arbitrariedades a que daba lugar, surgiendo así sistemas que proporcionaban a los jueces autonomía en la tasación de las pruebas. En ocasiones, en especial en casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, se cuenta solamente con el testimonio de la víctima como única prueba de cargo para atacar la presunción de inocencia del imputado. En estas situaciones no es posible el aporte de más indicios que permitan confrontar esos dichos.⁹⁹

Este razonamiento sobre el valor de un sólo testimonio, podría ser aplicado a los indicios, ya que si bien es lo óptimo que existan varios indicios, esto no impide que al existir un solo indicio que reúne todos los requisitos debería ser tomado en cuenta, siempre y cuando se trate de un indicio grave, esto es expresado por Pablo Ernesto Lévano Véliz, en su obra "La duda razonable frente a la Prueba Indiciaria":

Al interior de la doctrina procesal penal coincidimos con lo consignados por el Tribunal Constitucional¹⁰⁰ en el extremo que resulta aconsejable que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa.¹⁰¹

e) Concordancia de indicios:

⁹⁸ LLERA, Carlos. *El testigo único o singular*. Internet: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2327-8100-1-PB.pdf>. Acceso: 25 de Diciembre de 2015.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, de 13 de octubre de 2006, señaló que los indicios deben ser plurales o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa.

¹⁰¹ LÉVANO VÉLIZ, Pablo. Blog. Internet: <http://levanoveliz.blogspot.com/2015/07/la-duda-razonable-frente-la-prueba.html>. Acceso: 2 de Enero de 2016

El indicios debe responder a la ley de las tres unidades de tiempo, lugar y de acción, de modo que cada indicio como los episodios de una tragedia estarán obligados a combinarse con otros, a tomar su lugar correspondiente en el tiempo y espacio, y todos a coordinarse entre sí, cada uno según su carácter y naturaleza, según las relaciones de causa y efecto, de medio a fin, que los vinculan y en conformidad con las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas.

f) Convergencia de las indifferencias Indiciarias:

Todas las indifferencias indiciarias, deben converger a una sola conclusión, no admitiendo la posibilidad de contradicciones o coincidencias opuestas por el azar o por otro motivo, de manera que sean como una cadena en la que la una se fusionan con la otra y forman el eslabón.

g) Los indicios deben ser directos:

Es decir deben conducir lógica y naturalmente al hecho de que se tratan, es decir deben ser inmediatos, en sentido que no se haga necesario llegar a ellos a través de una cadena de silogismos.

h) Exclusión de la duda:

Los indicios deben excluir las hipótesis de la acción probable al azar o de falsificación de la prueba, pues la convicción del juez sobre la realidad de existencia del hecho indicado por los indicios, debe ser tal que no deje lugar a duda alguna razonable.¹⁰²

En definitiva si bien las presunciones judiciales serán valoradas por el Juez mediante el sistema de la sana crítica, que es el sistema aplicado en nuestro país, estos constituyen requisitos que deben reunir los indicios para que sean tomados en cuenta por el Juzgador.

¹⁰² ORTIZ, Juana. (2001). La prueba de las obligaciones que contempla el Código Civil Ecuatoriano. Recuperado a partir de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/11154>

5.2 Efectos de las Presunciones

Respecto a los efectos, Lisbeth Villalobos, cita a Rivera Rodrigo, quien señala:

Las presunciones judiciales cumplen el papel de llevarle convicción al juez, no obstante su grado de aporte de certeza varía. Algunas proveen sólo probabilidad, pero si se dispone de otras pruebas que concurren en tal sentido, entran a formar parte del conjunto de argumentos probatorios. Puede ser que concurren varias en el mismo sentido, extraídas por diferentes medios que pueden llevar certeza al juez, pero también una sola presunción grave y precisa puede producir certeza por sí sola.¹⁰³

Este autor es claro al señalar que una sólo presunción, puede llevar certeza al juez si la misma cumple con los requisitos necesarios, siendo estos que sea grave, precisa y concordante. De lo cual se deduce que existen dos opiniones, un sector en la doctrina defiende que las presunciones pueden tener efectos de carácter secundario, y otro que sostiene que podrían tener el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas.

Jorge Rosas Yataco, nos explica estas dos posiciones:

1. La prueba indiciaria como de carácter secundario o supletorio: algunos autores (Pisan, Siracusa, Florín) otorgan a la prueba indiciaria un valor subsidiario. Otros afirman que son idóneos para complementar la prueba de la autora. Finalmente, se dice que esta tiene un valor probatorio relativo, al afirmar que se trata de una prueba sujeta a una graduación, por ser indirecta.

2. La prueba indiciaria tiene el mismo valor que se le otorgan a las otras pruebas: es la doctrina dominante (Lucchini, Manzini, Mittermaier, Silva Melero) que la considera como una de las pruebas de mayor importancia dentro del proceso penal. Se dice que la prueba indiciaria

¹⁰³ VILLALOBOS, Ob. Cit. Pág. 89

rechazada por imperfecta, en contraposición a las llamadas pruebas legales es, no obstante, la más razonable cuando el nexo que debe mediar entre los supuestos conocidos y el hecho que se quiere demostrar es tan íntimo, que el raciocinio cree ver entre lo que aspira a probar y los medios de prueba una verdadera relación de causa a efecto. En suma, el valor de la prueba indiciaria es igual al de las pruebas directas.¹⁰⁴

En nuestro país, con la incorporación de la prueba indirecta a través del COGEP, se aplicará el segundo criterio, pues según el artículo 172, “...*el juez puede resolver la controversia sobre la base de estas conclusiones que constituyen la presunción judicial*”.

José Manuel Campero Vélez, al respecto manifiesta:

El valor probatorio de la prueba presuncional dependerá en gran medida de la prueba de los hechos que le dan base.

En otras palabras, la probanza de que hablamos, para poder considerarse prueba plena, deberá ser tal que, en primer lugar, todos los indicios estén demostrados plenamente. Luego entonces, podemos saber ahora que, por una parte, los hechos en que se basa la prueba deben ser ciertos; además, la relación de dichos hechos tendrá que ser objetiva y necesaria: no sujeta al arbitrio de persona alguna y necesaria entre los hechos probados y los que se quiere probar, así, tomando en consideración los dos elementos anteriores, el juzgador podrá determinar el valor probatorio de una presunción: la certeza de los hechos y el que se hagan relaciones y razonamientos correctos y verdaderos, llegando entonces al conocimiento de los hechos no conocidos y buscados y cuya existencia se pretende demostrar¹⁰⁵.

¹⁰⁴ ROSAS YATACO, Ob. Cit. pág. 297.

¹⁰⁵ VÉLEZ, José. (2012). *El mundo del abogado*. Internet:<http://elmundodelabogado.com/la-presuncion-como-medio-probatorio/>. Acceso 27 de Octubre de 2015

Gerardo y Raúl Ramírez, de igual manera analizan los efectos de la prueba indiciaria y acotan:

Las presunciones no solo acarician la actividad probatoria con entidad independiente, o sea como medio de prueba sino que además se proyecta en pos de la referida labor de probanza, como un método recurrible en cualquier tipo de valoración procesal que se realice; en este supuesto, es decidir como argumento de prueba pudiera tener lugar una vez que se hubieren corroborado hechos que pudieran advertirse como iniciadores como ante la conjetura que conlleven a una deducción que estreche el vínculo que no logro la prueba directa, en cuyo caso se precisa del análisis lógico – racional- y en apoyo en lo cual vendría en auxilio argumento presuncional que se halla implícito en el asunto.¹⁰⁶

5.3 Análisis de Casos Prácticos

FALLO EN CONTRA DE SUPERMERCADO COTO.

Fecha: 12 de Marzo de 2012

País: Argentina

Actor: Despedido por ser portador de VIH

Demandado: Supermercados Coto.

Sentencia: Juez de primera instancia resuelve da lugar al reclamo que interpuso el trabajador por los rubros derivados del despido discriminatorio, frente a lo cual mandó a cancelar al trabajador la suma de 60.000 pesos por daños y perjuicios.

A esta sentencia Interpone recurso de apelación la parte actora y demandada.

¹⁰⁶ ROJAS, Gerardo. y ROJAS Raúl. *La presunción como medio de prueba en el proceso civil cubano*. Internet: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/presuncion.pdf>. Acceso: 22 de Octubre de 2015

La parte actora considera que la suma que le manda a pagar por daños y perjuicios no cubre los daños ocasionados por Supermercados COTO, pues sufrió discriminación, ya que fue despedido, por su condición de portador de VIH.

La parte demandada apela, pues se siente inconforme con la decisión del juez de primera instancia, quien concluyó que Coto C.I.C.S.A. conocía que “V” era portador de VIH al momento del despido. Sostiene, el apelante:

“Sr. Juez a quo incurrió en dogmatismos al intentar fundar su decisión en especulaciones, y suposiciones que deduce en base a una forzada interpretación de los testimonios de autos.”¹⁰⁷

La parte demandada sostuvo que no conocía la condición de portador de VIH que tenía el demandado, y que el motivo de su despido era porque se hizo una reestructuración de la empresa.

Frente a esto el juez a quo, llegó a la conclusión de que no fue por motivo de reestructuración, y su decisión la fundamentó en presunciones graves, precisas y concordantes.

Quienes resolvieron este recurso de apelación, fueron los Camaristas¹⁰⁸ de la Sala de lo Laboral.

SD 63791 - Expte. 37.416/2008 - "V. C. A. c/ Coto C.I.C.S.A. s/ despido" -
CNTRAB - SALA VI - 27/03/2012

LA DOCTORA GRACIELA L. CRAIG DIJO:

La parte demandada se agravia porque el sentenciante de grado concluyó que Coto C.I.C.S.A. conocía que V. era portador de HIV¹⁰⁹ al momento del despido. Sostiene, el apelante que el Sr. Juez a quo incurrió en dogmatismos al intentar fundar su decisión en **especulaciones, y suposiciones** que deduce en base a una forzada

¹⁰⁷ IPROFESIONAL. Internet: <http://www.iprofesional.com/notas/135836-Fallo-V-C-A-c-Coto-CICSA-s-despido>. Acceso: 11 de Noviembre de 2015

¹⁰⁸ En Argentina se dice “Camaristas” a los miembros de la Cámara de Apelaciones.

¹⁰⁹ En la Sentencia dictada en España, usan las siglas en inglés del VIH

interpretación de los testimonios de autos. Además insiste en que no existía ninguna cualidad personal del Sr. V. en virtud de la cual pudiese haber adoptado una actitud discriminatoria y afirma que en virtud del art. 377 del C.P.C.C.N. debió el actor acreditar que la demandada tenía conocimiento de su padecimiento y que este fue el presupuesto por el cual fue despedido. (...) Los tres testigos coinciden que el actor fue despedido porque hubo una reestructuración, sin mencionar si éste, durante el período mencionado habría sufrido algún tipo de padecimiento. La circunstancia de que estos testigos no hayan manifestado que "V" se encontraba enfermo, evidencia la intención de querer beneficiar a la parte demandada ya que le restan importancia a los síntomas de la enfermedad que padecía el actor (motivos por los cuales fue internado dos veces en el Sanatorio San José Fs. 346/412), y en cambio, ponen énfasis a la supuesta reestructuración motivo por el cual fue despedido el actor, 10 días después de su segunda internación.¹¹⁰

Para los Camaristas¹¹¹ se **presume** entonces que los testigos tratan de beneficiar a su empleador, pues se encuentran en situación de dependencia, por lo tanto ponen énfasis en que lo despidieron por "reestructuración" y no mencionan que "V" estaba enfermo y que varias veces se ausentó por ese motivo de su puesto de trabajo.

La Doctora Craig, además sostuvo:

Mediante el oficio al Sanatorio San José (ver fs. 345/412) informa en forma clara y contundente el mal estado de salud en que se encontraba el actor y que éste fue internado en dos ocasiones desde el 09/12/2007 al 17/12/2007 y del 17/01/2008 al 21/01/2008. Dichas internaciones fueron ordenadas debido a distintos padecimientos que sufría como dolores abdominales, cuadros de diarreas, deshidratación, acompañados por náuseas, síndrome febril prolongado, así como

¹¹⁰ IPROFESIONAL. Ob. Cit.

¹¹¹ En Argentina se dice "Camaristas" a los miembros de la Cámara de Apelaciones.

lesiones dérmicas que como dice el Juez a quo no podían pasar desapercibidas.¹¹²

Cabe además acotar que en la contestación de la demanda, “COTO C.I.C.S.A.”, reconoce expresamente que el actor si se ausentó de su lugar de trabajo por molestias presentadas.

Este reconocimiento según la Dra. Craig, demuestra lo siguiente:

En un período de cinco meses el actor se ausentó e internó por los diversos malestares mencionados, circunstancia que, unida a la contemporaneidad que existe entre el momento en que el actor es despedido resulta conducente a la **presunción de discriminación**.¹¹³

Otro hecho que tomó en cuenta el juez es que se habla por parte del demandado de una supuesta “reestructuración” como motivación del despido, pero “X” fue el único trabajador despedido en dicha sucursal, y a esto hay que sumarle el hecho de que el demandado no pudo demostrar que el despido fue por la causa que alegó por lo tanto el juez resuelve en base a estas presunciones que reúnen los requisitos necesarios para constituir prueba.

(...)Ante la ausencia de prueba que demuestre que el accionar de la empleadora se debió a una causa distinta a la mencionada no queda más que tener por cierto, que el despido resuelto por la demandada obedeció al estado de salud del señor V., incurriendo con su accionar en la figura del despido discriminatorio comprendido en los términos de la ley 23.592.¹¹⁴

Esto porque como lo explicaron los Camaristas de la sala laboral, quien invoca la ley 23.592, debe demostrar que *“posee las características que considera motivantes del acto”*, teniendo es este caso “Coto” como empleador la obligación de demostrar que el despido tuvo una causa distinta a la que alega el actor.

¹¹²IPROFESIONAL .Ibíd.

¹¹³IPROFESIONAL. Ibíd.

¹¹⁴ Ibíd.

Sebastián Albornos se preocupa en analizar dicho fallo, y sobre la inversión de la carga de la prueba sostiene:

Dicha afirmación encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe probar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativos. En este aspecto, los jueces destacaron que cuando el empleado se considera injustamente discriminado, debe invertirse la carga de la prueba.¹¹⁵

Finalmente el Camarista, Doctor Juan Carlos Fernández Madrid dijo:

Adhiero a las conclusiones del voto que antecede, con la aclaración que respecto a la indemnización por despido discriminatorio, considero que la suma de \$60.000 resulta un razonable resarcimiento por el daño total ocasionado (art. 1 de la ley 23592, art. 1078 CC), con lo cual llego a la misma conclusión arribada por la Dra. Craig.-

La Resolución fue la siguiente:

En atención al resultado del presente acuerdo, EL TRIBUNAL RESUELVE: I) Confirmar la sentencia apelada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios. II) Costas de alzada a cargo de la parte demandada vencida. III) Regular los honorarios de los escritos de agravios y réplica en el 25% de lo que les fue regulado en la instancia anterior.

El régimen de prueba Indirecta fue vital para resolver este caso de discriminación, ya que al demostrarse el despido (hecho secundario), se pudo demostrar la discriminación (hecho principal) que a través de otra prueba no se podría demostrar.

¹¹⁵ ALBORNOS, Sebastián. Internet: <http://www.iprofesional.com/notas/135629-Condennan-a-Coto-a-indemnizar-por-dao-moral-a-empleado-despedido-a-causa-de-su-enfermedad>. Acceso: 16 de Noviembre de 2015

RECURSO DE AMPARO INTERPUESTO PARA DECLARAR NULO DESPIDO DISCRIMINATORIO

Tribunal Constitucional de España

Fecha: 13 de Febrero de 2006

País: España

Delito: Despido lesivo de Derechos Fundamentales.

Sentencia No. 41-2006

Recurrente: Despedido por condición de Homosexual

Demandado: Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.A

El día 29 de julio de 2003 la Procuradora de los Tribunales Isabel Cañedo Vega, actuando en nombre de Paul Ciaccio, interpuso recurso de Amparo Constitucional contra resolución de Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 27 de junio de 2003.

Antecedentes:

Los motivos del Amparo Constitucional son los siguientes:

- ✓ El recurrente en Amparo trabajaba para la empresa demandada en el proceso desde el día 15 de octubre de 2001, con categoría profesional de analista de marketing, con contrato de trabajo de carácter indefinido. Con fecha 30 de julio de 2002, Alitalia Líneas Aéreas Italianas, S.A., procedió a notificarle carta de despido en los siguientes términos:

“Muy Señor nuestro: Por medio del presente escrito, la dirección de la empresa le comunica que ha tomado la decisión de proceder a la extinción de su relación laboral mediante despido disciplinario, en base a las facultades que a la misma le reconoce el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores. Las razones que fundamentan esta decisión son las siguientes:

La indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo. Los motivos anteriores se concretan en el hecho de que en reiteradas ocasiones se ha negado a desempeñar algunas de las tareas que le fueron encomendadas a pesar de las instrucciones dadas por la Dirección de la compañía. Además de lo anterior, critica abiertamente y con frecuencia a los directivos de la Compañía, contestando fuera de tono. Ha mostrado una falta de responsabilidad en el trabajo por cuanto se ha encargado de enviar ofertas por correo electrónico a los clientes de la Compañía que no han sido recibidas en muchos casos. Muchas de las direcciones de correo electrónico fueron escritas incorrectamente sin ser comprobadas antes de su envío y, en algunos casos, después de detectados los errores, éstos no fueron solucionados. Por consiguiente, los hechos citados son constitutivos de sanción que se aplica de acuerdo con el precepto citado, siendo la fecha de efectos de la extinción la de 30 de julio de 2002. Le informamos que podrá pasar a recoger su liquidación en un plazo de 48 horas contados a partir del día siguiente a los efectos del despido”

- ✓ El Sr. de Lambert, delegado de la empresa en Barcelona y jefe inmediato del actor, recriminó en ocasiones a éste su forma de vestir, realizando comentarios despectivos, lo mismo que sobre su condición homosexual, inquiriendo en su vida personal. El trabajo se desenvolvía en una oficina donde realizaban su prestación de servicios siete trabajadores, entre ellos Paul Ciaccio y el citado superior. No consta que el trabajador llegara a ser sancionado de manera formal, ni tampoco objeto de amonestaciones, habiéndose acreditado únicamente que en una ocasión se le indicó la necesidad de comprobar el trabajo ante ciertas disfunciones.
- ✓ Recibida la comunicación extintiva, presentó demanda de despido resuelta por Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, quien determinó la improcedencia del despido, por las siguientes razones:
 - La carta de despido produce indefensión ante la falta de concreción de las imputaciones, toda vez que se habla de

indisciplina en el desempeño del puesto de trabajo pero no se indica en qué consiste; que se hace referencia a críticas a la dirección de la compañía, pero no se especifican, y que tampoco se indica en qué consiste la falta de responsabilidad o errores en los que hubiera podido incurrir el actor en su trabajo ni en qué fechas ni casos concretos se produjeron

- El trabajador acredita indicios de acoso psicológico a su persona debido a su condición de homosexual, habiendo quedado probado que en la oficina se conocía su opción sexual, así como las conductas a nivel verbal del delegado de la empresa en Barcelona con relación a personas de dicha orientación. Frente a esos hechos, afirma la Sentencia, la empresa se limitó a imputar generalidades, sin haber probado razones de carácter disciplinario para llevar a cabo el despido.
- ✓ La sociedad demandada recurrió en suplicación, solicitando en los dos primeros motivos de su recurso la adición de dos nuevos hechos probados, e invocando en el motivo jurídico de su impugnación la errónea aplicación de los arts. 14, 15 y 18 CE¹¹⁶ y de los preceptos legales citados en la Sentencia recurrida. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estimó el recurso, revocando la calificación de nulidad del despido.¹¹⁷

Frente a los hechos recientemente descritos, se propone el RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL, impugnando la resolución dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Postura de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña:

La resolución recurrida en amparo mantiene que no obstante constatarse indicios de trato vejatorio en la persona del reclamante por

¹¹⁶ Constitución Española

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 41/2006. Internet: http://hj.tribunalconstitucional.es/it-IT/Resolucion/Show/5643#complete_resolucion&completa.Acceso: 27 de Diciembre de 2015.

causa de su condición de homosexual, “tanto la razonable entidad disciplinaria de las imputaciones contenidas en la carta de despido como el fallido intento de su eficaz prueba procesal impide concluir a favor de la nulidad de una decisión extintiva que sólo restrictivamente puede ser considerada”. No nos encontramos, dice el Tribunal, “ante una arbitraria manifestación disciplinaria por parte de la empresa (al no concurrir una causa inexistente, dolosamente inventada, con el fin torticero de lograr una declaración de improcedencia...); existiendo, por el contrario, unos supuestos incumplimientos contractuales con trascendencia disciplinaria.”¹¹⁸

Fundamento Jurídico del recurso de Amparo Constitucional:

La Sentencia impugnada vulnera el art. 14 CE, que reconoce el principio de igualdad y no discriminación, también en su vertiente de no discriminación por la condición u orientación sexual (...)tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona como la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, recurrida en amparo, reconocen la existencia de indicios de discriminación por la condición de homosexual del trabajador, resaltando que la Sentencia de instancia declara expresamente que las imputaciones genéricas de la carta no quedaron probadas, quedando inalterado el relato fáctico en el grado jurisdiccional de suplicación al no estimarse los motivos del recurso que solicitaban la revisión del mismo. Pese a ello, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revocó la declaración de nulidad del despido afirmando que para descartar esa calificación jurídica es suficiente “el intento de prueba” de los supuestos incumplimientos disciplinarios. Ese planteamiento no sólo carece de apoyo en las actuaciones judiciales, sino que es contrario a la jurisprudencia constitucional en materia de prueba indiciaria en el proceso laboral. El Tribunal Constitucional no admite para neutralizar el panorama indiciario un mero intento probatorio. Al contrario, exige que la

¹¹⁸ Ibíd.

empresa acredite la existencia de hechos motivadores de la decisión extintiva ajenos al móvil discriminatorio. Se trata de una carga probatoria, no de un simple intento de acreditación. Así pues, la solución acogida comporta hacer prácticamente imposible la consecución de la nulidad de un despido por violación de un derecho fundamental, pues bastaría para destruir la presunción generada por los indicios el mero intento de prueba (a través de cualquier documento o incluso con la declaración del propio acosador, pone por caso).

Por todo ello, solicita la declaración de la vulneración de ese derecho fundamental (art. 14 CE) y la anulación de la Sentencia recurrida, de fecha 27 de junio de 2003, recaída en recurso de suplicación núm. 2089-2003, declarándose la firmeza de la Sentencia del Juzgado Social núm. 24 de los de Barcelona, de 12 de noviembre de 2002.¹¹⁹

Razonamiento del Tribunal:

El Tribunal es claro al señalar que su enjuiciamiento es para determinar si la conducta de los empresarios (empleadores) es discriminatoria y atenta a los derechos consagrados en la Constitución Española, para determinarlo realiza el siguiente análisis:

Cuando se prueba indiciariamente que una extinción contractual puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales incumbe al empresario acreditar que su decisión obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se trate.

(...)La distribución de cargas probatorias propia de la prueba indiciaria alcanza a supuestos en los que esté potencialmente comprometido cualquier derecho fundamental (...) El indicio no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de la lesión. Sólo una vez cumplido este primer e inexcusable deber, recaerá sobre la parte demandada la carga de probar

¹¹⁹ Ibíd.

que su actuación tuvo causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración. En otro caso, la ausencia de prueba empresarial trasciende el ámbito puramente procesal y determina, en última instancia, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del derecho fundamental concernido.

(...) Los despidos “pluricausales” son aquellos despidos disciplinarios en los que, frente a los indicios de lesión de un derecho fundamental, como puede ser el invocado en este recurso de amparo, el empresario alcanza a probar que el despido obedece realmente a la concurrencia de incumplimientos contractuales del trabajador que justifican la adopción de la medida extintiva. El verdadero sentido de la doctrina sentada por este Tribunal Constitucional en Sentencias como la STC 7/1993, de 18 de enero, o más recientemente en la STC 48/2002, de 25 de febrero, sobre dichos despidos “pluricausales”, consiste en que, como se dice en la primera de ellas, “cuando se ventila un despido ‘pluricausal’, en el que confluyen una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado”

(...) En efecto, el relato de hechos de las resoluciones judiciales declara probados los comportamientos despectivos del superior del trabajador respecto de su orientación homosexual, así como la existencia de una organización y distribución del trabajo que le perjudicaba, sobrecargando sus obligaciones, todo lo cual apunta como mínimo la posibilidad de la lesión, se consideren de mayor o menor entidad tales indicios y resulten, en consecuencia, más o menos fácilmente neutralizables, según señalaba la jurisprudencia anteriormente citada sobre este aspecto. En

definitiva, los hechos poseen entidad suficiente para abrir razonablemente la hipótesis de la posible vulneración del derecho fundamental, como mantiene el Ministerio Fiscal y han reconocido ambos órganos judiciales, también el que dicta la Sentencia recurrida en amparo.

(...) Las razones en las que se basa la resolución impugnada en amparo ignoran la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la prueba indiciaria y la distribución de cargas probatorias propias de ésta en el proceso laboral. El recurrente en amparo aportó indicios de la relación del despido con su orientación homosexual, no habiendo logrado la empresa neutralizar tales principios de prueba, como pone de manifiesto la Sentencia de instancia y viene a reconocer de hecho la Sentencia recurrida, pese a la conclusión que finalmente adopta. La empresa censuró incumplimientos contractuales que no logró probar, y no demostró que las razones reales del despido fueran ajenas al móvil discriminatorio, o que los hechos indiciarios ofrecidos por el actor carecieran de conexión alguna con la decisión extintiva. Por ello, la lesión debe ser declarada y repararse, con la consiguiente nulidad del despido, anulando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, y declarando la firmeza de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona, de 12 de noviembre de 2002.¹²⁰

FALLO:

1º Declarar que ha sido vulnerado el derecho del recurrente a no ser discriminado por ser homosexual (art. 14 CE).

2º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 27 de junio de 2003, dictada en el recurso de suplicación núm. 2089-2003, en proceso de despido.¹²¹

¹²⁰ Ibíd.

¹²¹ Ibíd.

En los casos de vulneración de derechos fundamentales, resulta trascendental el uso de la prueba indiciaria para demostrar tal vulneración. Algo sumamente importante es la distribución de la carga de la prueba en este tipo de casos, cuando una persona alega la vulneración de este tipo de derechos debe acreditar los indicios suficientes sobre lo alegado, frente a ello corresponde a la parte demandada desvirtuar tales indicios, caso contrario se dará como cierto la lesión alegada.

El empleador se encuentra en mejor situación que el trabajador para poder demostrar lo alegado, mientras que el trabajador se encuentra en situación de vulnerabilidad, es por ello que en los casos de despido intempestivo en donde los únicos que presencian tal suceso son el empleador y trabajador la prueba indirecta es relevante.

José Luis Ugarte Cataldo, en la Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, publicó un artículo titulado: “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en el cual afirma de igual manera que es el denunciante quien debe acreditar en primer lugar la existencia de indicios suficientes, sin embargo la duda surge respecto a qué tipo de indicios son los que deben ser acreditados, frente a lo cual señala: *“Dichos indicios dicen relación con hechos que han de generar en el juzgador al menos la sospecha fundada de que ha existido lesión de derechos fundamentales.”*¹²²

En estos casos como ya lo hemos mencionado, quien demanda, debe acreditar los indicios necesarios pero la carga de la prueba corresponde al demandado, quien debe demostrar que tales indicios son falsos, pero surge una gran interrogante: ¿Puede el empleador, ante los indicios presentados por el trabajador, destruir la sospecha razonable de que se trata de un despido lesivo de derechos fundamentales acreditando la efectividad de la causal legal de término del contrato?, esta interrogante es planteada por Ugarte y él es quien al mismo tiempo nos da la siguiente respuesta:

¹²² UGARTE CATALDO, José. (2009). *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*. Valparaíso: Internet: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>. Pág.226. Acceso: 26 de Diciembre de 2015. Pág. 224

Eso es lo que en la doctrina se denomina despido pluricausal, esto es, aquella hipótesis en que el empleador frente al panorama indiciario de lesión de derechos fundamentales aportado por el trabajador, logra acreditar la existencia de una causal legal de término del contrato de trabajo.¹²³

Esta figura fue mencionada por el Tribunal Constitucional de España al realizar el análisis de si procedía o no el amparo Constitucional, indicando que si estamos frente a un caso de despido pluricausal se exigía en este caso concreto que el empleador demuestre que el despido no se debía a la condición de homosexual del trabajador, sino por causas contractuales, sin embargo esto no pudo ser demostrado por la empresa demandada, por lo cual se declaró nulo el despido.

RECURSO DE CASACIÓN EN DELITOS SEXUALES

Fecha: 10 de Octubre de 2012

País: Ecuador

Delito: actos sexuales sin acceso carnal

Juicio No. 84-2011-P-LBP

Resolución: No. 1339-2012 –Sala de Penal

Procesado: “X”

Ofendido: “Y”

HECHOS:

En la sentencia dictada por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura, el 16 de diciembre de 2010, constan los siguientes hechos: “El día 20 de mayo del 2.009, a las 12h30, aproximadamente, en la escuela “Modesto Peñaherrera”, ubicada en la ciudad de Cotacachi, la niña “Y” , de 8 años de edad, ha sido víctima de atentado al pudor por parte de su profesor “X”, quien luego del horario de clases le ha hecho quedar y ha

¹²³ Ibíd.

procedido a tocar sus genitales y colocar su pene entre las piernas, y que estos hechos han ocurrido varias veces”

ANTECEDENTES PROCESALES:

El Tribunal Segundo de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fecha 20 de noviembre de 2010 dicta “sentencia condenatoria en contra de “X”, cuyo estado y condición constan de esta sentencia, a la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, por considerarle autor material del delito tipificado y sancionado conforme al Art. Innumerado 504.1 del Código Penal, pena que la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social de Ibarra. Fallo que el procesado impugna a través del recurso apelación.

La Corte Provincial de Justicia Imbabura, Sala de lo Penal y Tránsito, el 16 de Diciembre de 2010, desecha el recurso de apelación interpuesto y CONFIRMA en todas sus partes la sentencia recurrida. De este fallo el procesado interpone recurso de casación.

POSICIÓN DEL CASACIONISTA:

- ✓ **Indebida aplicación de los artículos 87 y 88 del Código de Procedimiento Penal:** no se estableció el nexo causal entre la existencia de la infracción y la responsabilidad del recurrente
- ✓ **Violación al principio de lesividad:** “Si ustedes revisan el fallo que estamos impugnando a través de este recurso, jamás menciona un bien jurídico protegido.”
- ✓ **Falta de motivación:** “no se le permite saber cuáles son los motivos por los cuales le ponen 4 años.”¹²⁴

POSICIÓN DE FISCALÍA:

Frente a lo que alega el abogado del recurrente la Dra. Elizabeth Gaibor, delegada de la Fiscalía sostiene que lo dicho es falso:

¹²⁴ RESOLUCIÓN: No. 1339-2012 –Sala de Penal. Internet: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/octubre2012/R1339-2012-J084-2011.pdf. Acceso: 25 de Octubre de 2015

El bien jurídico protegido que se afectó, que es el sano desarrollo sexual del menor y que hacía referencia a que no se ha hecho un examen posterior respecto a comprobar si efectivamente se ha lesionado este bien jurídico, debo indicar que la sentencia recurrida confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura que declaró la culpabilidad del señor recurrente por el delito de atentado al pudor, contra una menor de 8 años, (...) se tomó un testimonio urgente de la menor; no solamente es una prueba referencial como lo ha manifestado el señor Abogado del recurrente; (...) es decir que, efectivamente se determinó la responsabilidad del acusado no solamente haciendo referencia al testimonio de la menor que en estos casos es relevante como en múltiples fallos la Corte Nacional así lo ha determinado, sino también porque es coherente con un examen psicológico que lo ha indicado el señor abogado, que es trascendente en este tipo de delitos.

Análisis realizado por el Tribunal:

El Tribunal analizó las dos posiciones y realizó en base a ello el siguiente análisis.

- ✓ **Bien Jurídico Protegido:** En el presente caso por tratarse de un delito sexual, cuya víctima es una niña de 8 años de edad, el bien jurídico protegido es el libre desarrollo integral de su personalidad y su integridad sexual.
- ✓ **Interés superior de niños, niñas y adolescentes:** Al respecto la Corte Constitucional para el periodo de transición analiza el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, indicando en lo principal lo siguiente: "... interpretada en su integralidad e interconexión es un principio rector-guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes, y a la vez es un principio constitucional directamente aplicable y justificable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que

establece el artículo 71 numeral 6 de la Constitución vigente. En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas; necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia

✓ **Importancia de la prueba indiciaria en los delitos sexuales:**

Rives Seva, define a la prueba indiciaria “como aquella que se dirige a demostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de acusación, pero de los que, a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, pueden inferirse los hechos delictivos y la participación del acusado; que ha de motivarse en función de un nexo causal y coherente entre los hecho probados indicios- y el que se trate de probar-delito”

(...) En los delitos sexuales se puede definir la prueba indiciaria como la inferencia razonable sobre hechos probados que se conectan entre sí para generar conclusiones inequívocas de ciertos aspectos referenciales sobre el delito, pero que se muestran como elementos subjetivos necesarios para probar directamente hechos mediatos de la conducta reprochable.

La obtención de las declaraciones de niños, niñas o adolescentes víctimas de abuso sexual es fundamental para la identificación de los autores y demás personas involucradas en el delito, no obstante esta obtención es una tarea complicada por las inhibiciones, bloqueos, lagunas mentales que suelen tener las víctimas, además que para ellos implica revivir los hechos, lo cual puede generar un daño adicional o victimización secundaria (re victimización), además que está prohibido por la Constitución en su artículo 78. Así también puede surgir la

necesidad inconsciente de reprimir ciertas vivencias, de ahí la importancia de la prueba indiciaria, la cual es la versión dada más cercana a la fecha de los hechos. .Respecto a este punto la Corte Interamericana se ha pronunciado: “...Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

Sobre esto la Corte Constitucional Colombiana, en la sentencia T-554/03, en relación con los medios de prueba que normalmente se presentan en los delitos de abuso sexual adujo: “Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. La prueba indiciaria implica la concurrencia de indicios plenamente acreditados, que permitan establecer inequívocamente relación entre el hecho base o indicador y el hecho consecuencia y que por inferencia posibiliten llegar a una única conclusión posible”. Por lo que “En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba directa, testigos presenciales u otra de medios de convicción, las reglas de la sana crítica contempladas en el Art 86 del Código de Procedimiento Penal, permiten al juzgador hacer una apreciación inteligente, a base del criterio que guía el acontecer común de las cosas, unida a la experiencia y la lucidez del juzgador, norma que guarda relación con lo preceptuado en el Art 192 de la Constitución Política, que con mucho realismo declara que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades...”¹²⁵

¹²⁵ Ibid.

EL TRIBUNAL RESUELVE:

1. Declarar improcedente el recurso de casación presentado por el procesado "X".
2. Casar de oficio la sentencia dictada por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura, al observarse que no fueron consideradas las circunstancias agravantes determinadas en los numerales 4, 7, 9 y 11 del artículo innumerado 30.1 del Código Penal, por lo que, se declara al señor "X", como autor del delito tipificado y sancionado en el artículo innumerado 504.1 del Código Penal, a quien se e impone el máximo de la pena, esto es OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA. Pero en aplicación del principio no reformatio in pejus, no procede empeorar la situación del recurrente, por lo que se mantiene la pena impuesta por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Imbabura.
3. Devuélvase el expediente a la autoridad de origen para la ejecución de la sentencia. Notifíquese y cúmplase.

En base a este razonamiento de la Corte Nacional de Justicia, en este caso de delito sexual en contra de un menor, admitió el testimonio urgente de la víctima, el cual fue valorado en conjunto con el resto de pruebas existentes.

En este tipo de delitos suele resultar trascendental el uso de la prueba indiciaria, ya que es difícil la existencia de pruebas directas, que permitan demostrar el cometimiento del delito, pues los únicos que están presentes son la víctima y agresor, y al exigirse prueba directa para demostrar tales hechos, se deja en indefensión a la víctima, pues no tendría otra forma de demostrarlo.

En los delitos de violencia sexual por lo tanto es relevante el uso de la prueba indirecta, incluso es quien resarce ayuda a resarcir errores, como en el siguiente caso publicado por la Corte Nacional de Justicia, en su revista virtual titulada "Ensayos Penales", en la cual se publica un artículo de autoría de la

Dra. Lucy Blacio Pereira, quien realiza un análisis titulado “Nudos críticos en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género”, en donde se hace especial mención a la importancia de la prueba en los delitos sexuales:

CASO 061-2011:

En este caso se conoce el atentado al pudor que ha sufrido una niña de nueve años de edad, por parte de un amigo de su padre, en este caso los Juzgadores de primera instancia, sentenciaron al acusado a cuatro años de reclusión mayor extraordinaria, mientras que los juzgadores de apelación confirmaron el estado de inocencia del agresor. La decisión de los juzgadores de instancia se basó en: El testimonio del perito médico legista de la Fiscalía Provincial, quien en la audiencia de juicio manifestó “...logrando extraer de la exploración, como presente la vivencia de un hecho traumático que se origina en el acto de un adulto respecto de su persona que ha marcado su interioridad bien puede tener relación con aquellos descritos en su versión, esto es los tocamientos lascivos practicados por un ser adulto, ocurridos en la época hipotetizada, afirmando que el caso tratado es verosímil, pues si bien es verdad que una niña de esa edad es sugestionable la conducta de aquel que instiga, no puede llegar a las esferas más profundas del mundo íntimo, ello es deducible de los estados de ansiedad, depresión, hipotimia, etc, no son síntomas de un incidente traumático sin nexo alguno con el influjo atribuido a terceros que ejercen autoridad y predominio” La resolución también señala que en el testimonio de la víctima y el de su padre se desmienten que los hechos hayan sucedido, y cita para esto el testimonio del padre de la niña, del cual concluye que: “...el testimonio rendido por la menor en todo momento niega haber sido objeto de actos impúdicos realizados, pues en la audiencia contradice su propia versión rendida ante el señor Fiscal, que en síntesis señala desconocer que se hayan producido los hechos que se le imputan a su amigo Wilson”, Finalmente, concluye que la madre de la niña realiza este tipo de actos reñidos no solo por la moral sino por la ley, utilizando a sus hijas

menores de edad con el único afán de obtener beneficios económicos y al no conseguirlos causar daño, como sucede en el caso de la especie. Estableciendo una suerte de juicio de valor en contra de las niñas y su madre, conclusiones que se entiende fuera de lugar por no ser materia del proceso, más cuando el proceso judicial se inicia por un parte policial informativo que daba cuenta del auxilio que se brindó a la niña, es decir que por el principio de oficiosidad no era necesaria la denuncia para que se inicie el procesamiento judicial.¹²⁶

El Tribunal de Casación, enmienda tal error y manifiesta:

La importancia de la prueba indiciaria en los delitos de violencia sexual, estableciendo que en un caso de violencia sexual y en aquellos casos en que los hechos imputados no pueden ser probados directamente, como por ejemplo, pruebas físicas, biológicas, periciales y técnicas, es posible que se acuda a la prueba indiciaria para construir una teoría a partir de indicios, capaz de explicar y conformar el nexo causal en relación con el imputado en la consumación del hecho constitutivo de violencia sexual”. Por lo que es obligación de la o el juzgador apreciar la prueba aplicando este estándar internacional de derechos humanos. Que la prueba indiciaria, por lo general, se obtiene de la declaración de la víctima, la misma que puede variar durante el proceso, por las características propias de quien enfrenta la experiencia post traumática, porque el agresor es familiar, es amigo de la familia, existen amenazas e intimidaciones para que se retracte de su declaración inicial. Subrayó la importancia de la garantía de no revictimización, en la declaración de la víctima de abuso sexual más si es una niña, niño o adolescente y que la repetitiva práctica de esta puede generar un daño adicional o victimización secundaria lo cual se encuentra prohibido por la garantía

¹²⁶ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Revista de Ensayos Penales. “Nudos críticos en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género”, Edición No7. 2013. Internet: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo7.pdf. Pág. 5-6

constitucional de protección especial de las víctimas de infracciones penales.¹²⁷

No se puede pretender que en delitos de naturaleza sexual, se exija pruebas directas, para condenar o no a una persona que cometió tal delito, en estos casos solo se tiene el testimonio de la víctima que frente a tal trastorno no se le puede pedir que de su testimonio varias veces, ya que esto significaría re victimizar a la misma.

Los casos expuestos, constituyen algunos de los tipos de procesos en los cuales la utilización de la prueba indirecta resulta trascendental, de lo cual se puede desprender que si bien la presente monografía está destinada a estudiar la incorporación de la Prueba Indirecta al COGEP, hay que aclarar que la Prueba indiciaria es aplicable en todas las materias.

El Código Orgánico General de Procesos, en las disposiciones preliminares Título I, señala:

Artículo 1.- Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso.¹²⁸

Del tenor de este artículo se podría pensar que las disposiciones del COGEP, y por lo tanto la norma que regula la prueba indirecta, no sería aplicable a materia Penal, Constitucional ni Electoral, sin embargo este cuerpo legislativo es aplicable como norma supletoria, por lo tanto el artículo 172 del COGEP, que trata las presunciones Judiciales es totalmente aplicable cuando así sea necesario en todos los casos:

Primera Disposición General del Código Orgánico Integral Penal, señala como leyes supletorias en materia Penal:

“En lo no previsto en este Código se deberá aplicar lo establecido en el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento

¹²⁷ Ibid.

¹²⁸ CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

Civil, si es aplicable con la naturaleza del proceso penal acusatorio oral”.¹²⁹

De igual manera la Ley Orgánica Electoral, Código de la Democracia establece como norma supletoria:

Art. 384.- Supletoriamente a las normas de esta ley y de la Ley Electoral, regirán las normas contencioso administrativas generales y las del Código Procesal Civil, siendo deber de los consejos de disciplina y ética y del Tribunal Contencioso Electoral aplicar los principios procesales de inmediación, concentración y celeridad.¹³⁰

¹²⁹ CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

¹³⁰ LEY ORGÁNICA ELECTORAL, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA

CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo de la presente investigación, puedo concluir expresando lo siguiente:

- ✓ Las presunciones judiciales en términos simples constituyen el razonamiento que hace el juez para llegar a la verdad, a través de hechos secundarios, que permitan descubrir hechos desconocidos, lo cual no sería posibles de demostrar de otra manera por la falta de pruebas directas que lo permitan.
- ✓ Se suele confundir indicios con presunciones, respecto a aquello es necesario puntualizar que esto dependerá de la perspectiva de los distintos sectores doctrinarios, legislaciones, así como de las materias en las que se trate el caso. Pese a lo recién enunciado un sector mayoritario de la doctrina considera que los indicios constituyen antecedente de las presunciones y es en base a aquellos que formulan su razonamiento, para llegar a la verdad. En nuestro país se le da un uso distinto en razón de la materia, siendo así que en materia penal se usa el término “indicios”, y en materia civil “presunciones”.
- ✓ Es un error considerar que el uso de la Prueba Indirecta pueda causar inseguridad jurídica, ya que los misma será utilizada a falta de pruebas directas que permitan demostrar lo alegado, además los buenos administradores de Justicia tienen como deber obrar de manera objetiva ante todo tipo de prueba.
- ✓ Las presunciones Judiciales a pesar de las críticas y criterios divididos sobre si son o no un medio de prueba, actualmente no cabe duda que en nuestro país constituyen un medio de prueba, el cual no recibió la importancia necesaria en el Código de Procedimiento Civil, pero este error ha sido resarcido por el Código Orgánico General de Procesos.
- ✓ La legislación internacional y la nuestra actualmente es clara en aquellos elementos que se debían tomar en cuenta al momento de valorar las presunciones, debiendo ser graves, precisas y concordantes las mismas para que sean tomadas en cuenta por el juez.

- ✓ Existen delitos en los cuales el uso de la prueba Indirecta resulta trascendental, debido a que difícilmente existirán pruebas directas que permitan demostrarlo, entre estos casos serían los delitos sexuales, despidos intempestivos, despidos discriminatorios por diversos motivos, delitos ambientales, entre otros, en este tipo de casos, lo más común, es que no existan testigos, por ejemplo en los delitos sexuales, estarán presentes en la escena del crimen el agresor y la víctima, exigir prueba de tipo directa para castigar o no al que perpetró tal daño, resulta ilógico e inhumano. De igual manera, en los casos de despidos intempestivos, ambientales, prescindir de la prueba indirecta implicaría dejar en la impunidad tales hechos.
- ✓ Las presunciones Judiciales serán valoradas en nuestro país mediante el sistema de la sana crítica, sistema vigente en nuestro país.
- ✓ La finalidad de toda prueba es dotar al juez de conocimiento y así llegar a la verdad, este fin es cumplido a cabalidad por las presunciones judiciales si las mismas son valoradas por un buen juez y de manera objetiva.

RECOMENDACIONES:

- ✓ Entre mis conclusiones ya empecé a hablar sobre este aspecto, pero considero necesario darle mayor relevancia en este punto de mi monografía. Existen juzgadores que reconocen abiertamente la validez e importancia de la prueba Indirecta, pero hay quienes no lo hacen, frente a ello hay delitos que no son castigados debido a que por su naturaleza difícilmente existirán pruebas directas que permitan demostrarlo, por ejemplo en los casos de delitos sexuales, despidos, delitos ambientales, etc., casos en los cuales resulta trascendental el uso de la prueba indiciaria para poder demostrarlos y los Jueces deberían darle la importancia debida. Mientras realizaba mi monografía, revisé algunos casos en las cuales se aplicó la prueba indirecta, por su obvia necesidad, pero también hallé fallos en los cuales, a pesar de existir los indicios necesarios para que alguien sea culpado, en primera instancia, se hizo caso omiso y se dejó en impunidad hechos que debían ser sancionados, y esto no debería ocurrir. En los delitos sexuales la única prueba existente suele ser el testimonio de la víctima, el cual puede variar a lo largo de proceso por la situación traumática que está viviendo, incluso se debe garantizar la no re victimización de las mismas, por la lamentable situación en la cual se encuentra, sin embargo lamentablemente encontré sentencias en las cuales se absolvía al agresor, porque no había testigos y los testimonios de los menores agredidos resultaban contradictorios.
- ✓ Es un gran avance la incorporación de la prueba Indirecta en el Código Orgánico General de Procesos, sin embargo otras legislaciones tienen normativa y jurisprudencia más amplia al respecto que debería ser guía para nuestros Juzgadores.
- ✓ Debería educarse a los Juzgadores sobre el alcance de las presunciones Judiciales y erradicar el criterio erróneo de que la misma puede causar inseguridad jurídica.

✓ Bibliografía

ALBORNOS, Sebastián. Internet: <http://www.iprofesional.com/notas/135629-Condennan-a-Coto-a-indemnizar-por-dao-moral-a-empleado-despedido-a-causa-de-su-enfermedad>. Acceso: 16 de Noviembre de 2015

ASAMBLEA NACIONAL. Libro III del COGEP transformará el sistema probatorio del país: Mauro Andino. Internet: <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/libro-iii-del-cogep-transformara-el-sistema-probatorio-del>.

BLOGGER. Internet <http://diferenciaentreindiciosypresunciones.blogspot.com/2010/11/diferencias-entre-indicios-y.html>. Acceso: 1 de Diciembre de 2015

BUESO SANCHÉZ, María. *De las Presunciones e Indicios*. Internet. file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-DeLasPresuncionesEIndicios-831674%20(1).pdf. Acceso: 9 de Noviembre de 2015.

CABANELLAS, Guillermo. (2008). *Diccionario Jurídico*.

CARRIÓN LUGO, Jorge. (2000) *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Editora GRIJLEY. Primera edición. Lima, 2000; p. 123.

CONDORI MAMANI, Guiber. *La prueba indiciaria*. Internet. <http://giverlawman.blogspot.com/2009/07/la-prueba-indiciaria.html>. Acceso: 6 de Noviembre de 2015

CORDÓN, Julio. *Prueba indiciaria y presunción de Inocencia en el proceso Penal*. Tesis de Grado. Doctorado de Derecho. Salamanca. 2011.

CONFERENCIA LA PRUEBA INDICIARIA EN EL SALVADOR. Intenet: <http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/publicaciones/Ponencias/Ponencia%20del%20Dr.%20Reinaldo%20simposio%202011.pdf>. Acceso: 6 de Noviembre de 2015. Pág 6

CONSEJO DE LA JUDICATURA. Internet. <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/COGP%20INDIVIDUAL%20RD.pdf>. Aceso: 26 de Septiembre.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Internet. <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/binstitucional/boletincnj18.pdf>. Acceso: 9 de Noviembre de 2015

COUTURE, Eduardo. (1972). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos aires: ediciones Depalma.

DEFENSORÍA PÚBLICA. DEFENSA Y JUSTICIA. Internet. <http://www.defensayjusticia.gob.ec/dyj/?p=1161>. Acceso 9 De Noviembre de 2015

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. (2014). Real Academia Española. Edición del Tricentenario. Vigésimotercera edición. Internet: <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>. Acceso: 20 de Diciembre de 2015.

ECHANDIA, Davis. (1988). *Compendio de Derecho Procesal (Tomo II)*. Bogotá: Editorial ABC

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIII. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. Pág. 137.

ESPINOZA, Gerardo. (1986). *Derecho Probatorio*. Colombia: Ediciones Librería del Profesional. 1986. Pág. 204

ETIMOLIGIAS EN DERECHO CHILENO. Internet: <http://etimologias.dechile.net/?presuncio.n>. Acceso: 30 de Octubre de 2015.

GAMA, Raymundo. (2013). *Concepciones y tipología de las presunciones en el derecho continental*. Revista de estudios y Justicia. Internet: http://web.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GAMA_8_.pdf. Acceso: 1 de Noviembre de 2015.

HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. (1996). *Código de Procedimiento Civil*. Tomo III. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Zulia. Pág.607-608.

HERNANDEZ WALKER, Leonardo.
Internet: <http://esilecdata.s3.amazonaws.com/Comunidad/Editoriales/2015/EL%20COGEP.pdf>. Acceso: 9 de Noviembre de 2015

I PROFESIONAL. Internet: <http://www.iprofesional.com/notas/135836-Fallo-V-C-A-c-Coto-CICSA-s-despido>. Acceso: 11 de Noviembre de 2015

LA GUÍA. Internet: <http://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/medios-de-prueba>. Acceso: 1 de Noviembre 2015.

LLERA, Carlos. *El testigo único o singular*. Internet: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2327-8100-1-PB.pdf>. Acceso: 25 de Diciembre de 2015.

LÉVANO VÉLIZ, Pablo. Blog. Internet: <http://levanoveliz.blogspot.com/2015/07/la-duda-razonable-frente-la-prueba.html>. Acceso: 2 de Enero de 2016

LONDOÑO, Mabel. (2006). *Los indicios conductuales en el proceso civil*. Medellín. Internet: <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/135/119>

MARTINEZ, María de Lourdes. (2007). *Regimen Juridico de las Presunciones*. Madrid: Editorial Dykinson.

MIXÁN MASS, Florencio; *La prueba Indiciaria*. Trujillo: BLG

OCHOA, Oscar. (2006) *Derecho civil I. Personas*. Caracas: Texto C.A. 2006.

ORREGO ACUÑA, Juan. *Teoría de la Prueba*. Internet: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Teor%C3%ADa%20de%20la%20Prueba%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Teor%C3%ADa%20de%20la%20Prueba%20(1).pdf). Acceso: 15 de Noviembre de 2015

ORTIZ, Juana. (2001). La prueba de las obligaciones que contempla el Código Civil Ecuatoriano. Recuperado a partir de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/handle/123456789/11154>

OVALLÉ FAVELA, José. (2003). *Derecho Procesal Civil*. 9a edición. Oxford, México: Editorial Oxford.

PALACIOS, Lino. (1973). *Manuel de derecho procesal civil* (Vol. TOMO I). Buenos aires, Argentina: Albeledo Perrot.

PARRA QUIJANO, Jairo. *Reflexiones sobre las Presunciones*. Internet: <http://www.icdp.org.co/revista/articulos/8/REFLEXIONES%20SOBRE%20LAS%20PRESUNCIONES-%20JAIRO%20PARRA%20QUIJANO.pdf>. Acceso: 10 de Octubre de 2015.



PARRA, Jairo. *Apuntes de la Prueba Indiciaria*. Internet: <http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Apuntes%20de%20la%20prueba%20indiciaria.pdf>. Acceso: 13 de Octubre de 2015

RENGEL ROMBERG, Arístides. *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. (Según el nuevo Código de 1987). Volumen III. pág.428
RESOLUCIÓN: No. 1339-2012 –Sala de Penal. Internet: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/octubre2012/R1339-2012-J084-2011.pdf. Acceso: 25 de Octubre de 2015

RESOLUCION DE LA PRIMERA SALA, 83-99 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 11 de FEBRERO de 1999).

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Internet: <http://www.asociacionabogadosrcs.org/jurisprudencia/Sentencia%20del%20Tribunal%20Supremo15diciembre2010.pdf>. Acceso: 10 de Noviembre de 2015

REVISTA JUDICIAL DERECHO ECUADOR, 2014. Internet: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=3702>. Acceso 12 de Octubre de 2015.

REVISTA DE ENSAYOS PENALES. Edición No7. 2013. Internet: http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/revistas_penales/Ensayo7.pdf.

ROJAS, Gerardo. y ROJAS Raúl. *La presunción como medio de prueba en el proceso civil cubano*. Internet: <http://xn--caribea-9za.eumed.net/wp-content/uploads/presuncion.pdf>. Acceso: 22 de Octubre de 2015.

ROSAS CASTAÑEDA, Antonio. *Algunas consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria en el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado*. Internet: http://porticolegal.expansion.com/pa_articulo.php?ref=285. Acceso: 26 de Diciembre de 2015

ROSAS YATACO, Jorge; “*Prueba Indiciaria: Doctrina y Jurisprudencia Nacional*”. *Anuario de Derecho Penal 2004. La Reforma del Proceso Penal Peruano*.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Libro Segundo. Cap. IV, Buenos

RUBIO, María. “*Resulta siempre posible practicar prueba en contrario de una presunción judicial? Y por cierto, prueba ¿de qué?*”. Uría Menéndez Publicaciones. Internet: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3025/documento/escriva.pdf?id=2787>. Acceso 20 de Septiembre de 2015.

Sentencia del Tribunal Constitucional español Nº 41/2006. Internet: http://hj.tribunalconstitucional.es/it-IT/Resolucion/Show/5643#complete_resolucion&completa. Acceso: 27 de Diciembre de 2015.

SOLAR, Claro. (1942). *Explicaciones del derecho civil mexicano*. Chile: El Imparcial.

UGARTE CATALDO, José. (2009). *Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba*. Valparaíso: Internet: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a05.pdf>. Pág.226. Acceso: 26 de Diciembre de 2015.

VÉLEZ, José. (2012). *El mundo del abogado*. Internet: <http://elmundodelabogado.com/la-presuncion-como-medio-probatorio/>. Acceso 27 de Octubre de 2015

VILLALOBOS, Lisbeth. *Las presunciones como medios probatorios*. Trabajo de grado. Doctorado en Derecho de la Universidad de Zulia. Venezuela.



CUERPOS NORMATIVOS

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL CHILENO

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL COLOMBIANO

CÓDIGO FEDERAL DE PROCESOS.

CÓDIGO DE COMERCIO MEXICANO.

CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

LEY ORGÁNICA ELECTORAL, CÓDIGO DE LA DEMOCRACIA